

كتب _____ باب البغية ٨٠٦

فصل _____ ل في ولاء المولاة ٨١٤

كتب _____ باب الاكرام ٨١٧

فصل _____ ل

كتب _____ باب الحجر ٨٢٢

باب الحجر بسبب الدين ٨٢٦

باب الحجر للمساكين ٨٣٦

فصل _____ ل في حد الباطل ٨٤٨

كتب _____ باب المأذون ٨٥١

فصل _____ ل ٨٧٣

كتب _____ باب الغصب ٨٧٦

ل في غصب ما لا يتقوم ٩٠٨

فصل _____ ل فيما يتغير بعد مال الخاص ٨٨٨

فصل _____ ل ٨٩٨

كذالك باب الرجوع عن الشهادات ١٤٠٨

كتاب الوكالة ٣١٩

باب الوكالة بالبيع والشراء	٤٢٦	فصل	٤٥٥
فصل في الرء	٤٢٦	باب الوكالة بالخصومة والقبض	٤٥٩
فصل في التوكيل بشراء نفس العبد	٤٤٣	باب عزل الوكيل	٤٧١
فصل في البيع	٤٤٦		

کتب اب الدعوی

باب ما يدعيه الرجلان	باب اليمين ٤٨٤
فصل في التناهي	فصل في كيفية اليمين والاستيلاء ٤٩٤
باب رد عوي النسب	باب التحالف ٥٩٧
	فصل في من لا يكون خصما ٥١٤

کتاب الاقرار

فصل	٥٦١	باب اقرار المريض	٥٧٦
باب الاستثناء وما في معناه	٥٦٤	فصل ومن اقرع لام يواد مثله لمثله	٥٨١

٥٨٥

كتب باب الصلح

٦٠٥

فصل في الدين المشترك

٥٩١

فصل

٦١٢

فصل في التخارج

٥٩٧

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

٦٠٠

باب الصلح في الدين

٦١٦

كتب باب المضاربة

٦٣٨

فصل فيما يفعله المضارب

٦٢٩

باب المضارب يضارب

٦٣٥

فصل آخر

٦٣٣

فصل

٦٤٨

فصل في الاختلاف

٦٣٤

فصل في الغزل والقسم

٦٥٠

كتب باب الرديعة

٦٦٢

كتب باب العارية

فهرس الهداية والكفاية

المجلد الثالث



كتاب البيوع

١٤٢	باب المراجعة والتولية	٢١	فصل
١٥٢	فصل	٢٨	باب خيار الشرط
١٥٨	باب السهر	٥٢	باب خيار الرؤية
١٨٠	باب الحقوق	١٣	باب خيار العيب
١٨٣	باب الاستحقاق	٨٨	باب البيع القاسد
١٨٧	فصل في بيع الفضولي	١٢٢	فصل في احكامه
١٩٨	باب السلم	١٣٢	فصل فيما يكره
٢٢٨	مسائل منشورة	١٣٣	نوع منه
		١٣٦	باب الافالة



کتاب الصرف ۲۳۹

كتـ _____ اب الكفالة ٢٩٥

فصل في الضمان ٢٨٧ | باب كفالة الرجلين ٢٩٣

كتـبـ _____ باب الحـوالـة ٢٩٩

کتب ————— باب ادب القاضی ۳۰۶

مسائل شتی من کتاب ادب القاضی ۳۳۳

فصل في القضاء بالمواريث ٣٤٣

فصل آخر ۳۵۵

فصل في الحبس ٣١٣

باب كتاب القاضي الى القاضي ٣١٧

فصل آخر ۳۲۱

باب التحكم ————— ۳۳۱

كتبت: باب الشهادة ٣٥٧

فصل في الشهادة على الأثر ٣٩٣

باب الشهادة على الشهادة ٣٩٥

۴۰۳ فصل

۳۶۸ فصل

بَابُ مَنْ تَقْبَلُ شَهَادَتَهُ مِنْ لَا تَقْبَلُ ۳۷۳

باب الاختلاف في الشهادة. ٣٨٦

(كتاب البيوع)

البيع ينقذ بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي مثل ان يقول احد هما بعث والاخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف

مباح في كل موضع وفي الاخذ على سبيل التغلب فساد والله لا يجب الفساد فشرعت التجارة بطريق التراضي واليه اشار بقوله تع ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراخي واما سبب فتعلق البقاء المتدور بتعاطيها وقد صرف في اعمول النقه والبركه فالايجاب والقبول على ما يجيء واما شرطه فانواع منها في العاقد وهو ان يكون عاقلا مميزا ومتميزا في الآلة وهو ان يكون بلفظ الماضي ومنها في المحل وهو ان يكون مالا متقوما وان يكون مقدورا للتسليم ومنها التراضي ومنها شرط الحكم وهو الملك او الولاية واما حكمه وفعله وقصد او ملك وهو عبارة عن القدرة على التصرفات في المحل شرعا والامانع وقولها الامانع احتراز عن تصرف المشتري في البيع تمام القبض بالبيع وذلك مممتع مع كونه مأكلا لسهي النبي عم من بيع ماله يقبض واما وجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعق القريب وملك المعتد في الجارية والخيارات المبتدئة في البيع فاحكام البيع لكن بطريق المضمن *

قوله البيع ينقذ بالايجاب والقبول الانعقاد عبارة عن انضمام كلام احدا العاقدين الى الآخر والبيع عبارة عن اثر شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف واليه اشار بقوله البيع ينقذ حيث لم يقل البيع هذان اللذان والايجاب عبارة عما يتقدم من احدا العاقدين من قولهما بعث واشتريت والدليل عليه ما ذكره مطلقا بعد هذا بقوله واذا اوجب احدا المتعاقدين البيع والمراد من الايجاب ههنا هو الاثبات لان يكون المراد منه التزام حكم على وجهه يأنم صاحبه عند تركه لانه لا ولاية لاحدهما على الآخر فبقوله بعث يثبت كلام نفسه او يثبت الجواب على الآخر اما بالرد او بالقبول وذلك لان لا يجاب فعل والفعل صرف الممكن من الامكان الى الوجوب اي التحقق والثبوت فان قوله بعث قبل ان يتكلم (به)

(كتاب البيوع)

والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للإخبار وقد استعمل فيه فيعتقد به ولا ينعقد بلفظين أحدهما
نظ المستقبل والآخر لفظ الماضي بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رخصت
أو أعطيتك بكذا أو خذ بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لا يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر
في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة *
قال وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فلا خيرا للخيار

به البائع كان في حيز الجواز فلما قال بعت فقد صرف ذلك الجواز إلى الثبوت فكان
هو مشبة الكلام ما هو مشبة للجواب على الآخر فعلى الموجد الأول أن ينبغي أن يسمى القبول
اتجاها أيضا إلا أن المشتري لما قبل ما أوجب البائع يسمى قبل لا لتمييز بين السابق واللاحق *
قوله والإنشاء يعرف بالشرع وهو إثبات ما لم يكن ثابتا لأن الواضع لم يضع للإنشاء
لنظا خاصا واستعمل اللفظ الذي وضع للإخبار عن الماضي لإنشاء وإنما خص بلفظ
الماضي لأنه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا لا رخصة فكان الوجود حقا له
بمقتضى الحكمة فإذا قصد الإنشاء اختير اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الإخبار
عن الماضي * **قوله** ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح فإنه لو قال
زوجني فقال الولي زوجتك ينعقد النكاح والفرق أن النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة والخطبة
وهما يدلان على أن المراد الحال أما البيع فيقع بغتة فيجعل قوله أبيعك عدة ويعني استيما
وطلبا وذا لا يدل على الوجود لا محالة ولأن قوله زوجني نفسك تفويض العقد إليها
فيجعل قولها زوجت عقدا تاما لأن بكلام الواحد ينعقد النكاح إذا كان ما مورأ به وذا لا يأتى
في البيع لأن بكلام الواحد لا ينعقد البيع من الجانبين إذ لم يكن أحدهما مولى عليه من الآخر
ولا يلزم عليه أنه لو قال خذها بالف فإن البيع ينعقد بدلالة أنه أمره بالأخذ بالف وليس له ولاية الأمر
بالأخذ بالف إلا بالبيع فيثبت البيع اقتضاءً كأنه قال بعتك بكذا فخذها * **قوله** في النفيس
والخسيس وهو الصحيح المراد من النفيس ما يكثر ثمنه كالعبد والأماء ومن الخسيس ما يقل (ثمنه)

(كتاب البيوع)

أن شاء قبل في المجلس وأن شاء ردة وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضا وإذا لم يُقَدْ الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر

ثم إنه كالقبول والرمانة واللحم والخبز وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فإنه قال إنما يعتد بالبيع بالتعاطي في الأشياء الخسيسة نحو البقل وعامتهم على أنه يعتد في جميع الأشياء الخسيسة والنفيسة في ذلك سواء لأنه وجد التراضي وهو المعتبر في الباب إلا أنه لما كان باطنا أقيم الإيجاب والقبول مقامه لدلالتهما على التراضي والتعاطي أدل على الرضا منهما والشرط في بيع التعاطي الإعطاء من الجانبين عند شمس الأئمة الحلواني رحمه الله وقيل الإعطاء من أحد الجانبين يكفي *

قوله أن شاء قبل في المجلس خيار القبول يمتد إلى آخر المجلس وعند الشافعي رحمه الله على الفور **قوله** المشتري يحتاج إلى التأمل والتروي أنه هل يوافقهم لا فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر * **قوله** لخلوه عن إبطال حق الغير فإن قيل تعلق به حق المشتري فوجب أن لا يتمكن من إبطاله كمن عجل الزكاة إلى الساعي قبل تمام الحول فإنه لا يتمكن من استرداده قبل تمام الحول لتعلق حق الفقير به وكذا الوقضى المكفول عنه المال إلى الكفيل قبل أن يعطي الكفيل إلى صاحب المال شيئا ليس للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل لتعلق حق الكفيل به على اعتبار قضاء الدين من ماله فلنا ما الزكاة فالنصاب قبل تمام الحول علة تشبه السبب فتعلق حق الفقير بالمعجل نظرا إلى وجود أصل العلة وما الكفالة فلان الكفيل وجب له إلى المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ولهذا صح إبراء الكفيل للمكفول عنه قبل أداء الكفيل والإبراء عن الدين (قبل)

(كتاب البيوع)

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتي اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معني *

قبل الدين لا يصح الا ان المطالبة تتأخر الى وقت الاداء فيكون بمنزلة الدين الموجل فملكه بقبضه واما هنا فبمجرد ايجاب البيع لم يثبت للمشتري في المبيع ملك ولا حق قبل شرائه غاية الامر انه يثبت للمشتري حق التملك ولكن هذا لا يعارض حقيقة الملك فلولا ان يكون للموجب الرجوع يلزم تعطيل حق المالك بحق التملك وهذا لا يجوز الا ترى ان للاب حق التملك في مال الابن ثم قبل تملكه بجوز له التصرف كيف ما شاء واراد *

قوله والكتاب كالخطاب وهو ان يكتب فيقول اما بعد فقد بعث عبد ي فلانا منك بالف درهم فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت اوقال قبلت تم البيع بينهما وكذا الارسال وهو ان يرسل رسولا فيقول البائع بعث هذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب يا فلان فقل له فذهب الرسول فاخبره بما قال فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت اوقال قبلت تم البيع بينهما لان الرسول معبر وسفير لنقل كلامه اليه فاذا اتصل به الجواب ينقذ وكذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما في الخلع والعق علي مال فانه يتوقف شطر العقد من الزوج والمولى علي قبول الآخر وراء المجلس بالاجماع حتي ان من قال خالعت امرأتي فلانة الغائبة علي الف درهم فبلغها الخبر فجازت اوقبلت صح وكذا الاعتاق علي مال يتوقف علي اجازة العبد وان كان غائبا بخلاف البيع والشراء فانه لا يتوقف فاما في النكاح فلا يتوقف الشطر عند ابي حنيفة ومحمد رح وعلي قول ابي يوسف رح يتوقف **قوله** وليس له ان يقبل في بعض المبيع واذا اوجب البائع البيع في شيئين او ثلاثة واراد المشتري ان يقبل العقد في احدهما دون الآخر فهذا علي وجهين ان كانت الصفة واحدة فليس له ذلك وان كانت متفرقة فله ذلك وهذا لان الصفة اذا كانت واحدة فالمشتري (يقبول)

(كتاب البيوع)

قال وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب

بقبول العقد في احدهما يريد تفريق الصفقة على البائع وفي ذلك ضرر بالبائع لان العادة فيما بين الناس انهم يضمنون الردي الى الجيد في البياعات وينقصون شيئا من ثمن الجيد لترويج الردي بالجيد فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما والمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الردي على البائع فيزول الجيد عن ملك البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع وقال القدوري رح الا ان يرضى البائع في المجلس نحو ان يقول بعثك هذا العبد بخمسين فيقول المشتري قبلت في نصفه فيرضى به البائع او يقول بعثك هذين القفيزين بعشرة فيقول المشتري قبلت في احدهما فيرضى به البائع او يقول بعثك هذين القفيزين بعشرة فيقول المشتري قبلت في احدهما فيرضى به البائع ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف ايجاب لا قبولا فاذا رضى به البائع في المجلس يصح قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن على نحو ما ذكرنا من المثال في العبد الواحد وفي القفيزين لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل قفيز معلومة فاما اذا كان الثمن ينقسم باعتبار القصة نحو ان اضاف العقد الى عبيدين او ثوبين لم يصح العقد اذا قبل المشتري في احدهما وان رضى به البائع لان القبول من المشتري لما جعل بمنزلة ابتداء ايجاب فاذا لم تكن حصة كل واحد منهما معلومة لوجاز البيع في الذي قبل كان هذا ابتداء عقد بالحصة وانه لا يجوز ولو قال بعثك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائة فقبل المشتري البيع في احدهما ذكر في بعض المواضع انه يجوز وذكر في الجامع انه لا يجوز الا ان يقول بعثك هذين العبدين بعثك هذا بمائة وبعثك هذا بمائة فقبل المشتري احدهما جازا ما اذا لم يعد لفظ البيع كانت الصفقة واحدة فلا يصح قبول احدهما وان سمي لكل واحد منهما ثمننا فعلى هذا قوله في المتن الا ان يبين ثمن كل واحد لانه صفت معنى اي الا ان يدرج (تكرار)

(كتاب البيوع)

لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا * واذا حصل الاجاب
والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رح
يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا

تكرار لفظ العقد لان به تعدد الصفة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد ثم لا يضمن بيان اتحاد الصفة
وتفرقها فنقول اذا اتحد البيع والشراء والثنان بان ذكر الثمن جملة والبائع واحد
والمشتري واحد فالصفة متحدة قياسا واستحسانا وكذلك لو تفرق الثمن بان سمي
لكل بعض من المبيع ثمنا على حدة واتحد الباقي بان قال البائع بعثك هذه الانواب العشرة
كل ثوب منها بعشرة كانت الصفة متحدة ايضا وكذلك اذا كان البائع واحدا والمشتري
اثنيين والثنان ذكر جملة بان قال البائع لرجلين بعث هذا منكما بكذا او قال المشتريان اشترينا
هذا منك بكذا كانت الصفة متحدة وهذا هو الكلام في الاتحاد واما الكلام في جانب التفرق
فنقول ان تفرقت التسمية بان سمي لكل بعض ثمنا على حدة ويكرر البيع او الشراء
والبائع واحد والمشتري واحد بان قال البائع لرجل بعث منك هذه الانواب بعثك هذا
بعشرة وبعثك هذا بخمسة او قال المشتري باشتريت منك هذه الانواب اشتريت هذا بعشرة
واشتريت هذا بخمسة كانت الصفة متفرقة بالاتفاق واما اذا تفرق الثمن الا انه لم يكرر لفظ
البيع والشراء واختلف العاقدان كان من احدا الجانبين اثنين او كان من كل جانب اثنين ذكر
في بعض المواضع انها صفة واحدة وذكر في بعض المواضع انها صفتان قيل الاول استحسان
والثاني قياس وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني قول صاحبيه رح * ذكر في المغرب
الصفة ضرب اليد على اليد في البيع والشراء ثم جعلت عبارة عن العقد بعينه *

قوله لان القيام دليل الاعراض فان قيل اذا قال بعد القيام قبلت كان ينبغي
ان يعتقد لان الصريح اقوى من الدلالة قلنا ان رجحان الصريح على الدلالة
انما يكون ضد المعارضة وذلك انما يكون قبل ان ثبت الحكم بالدلالة فلما ثبت (حكم)

(كتاب البيوع)

ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والتحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتملة فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال

حكم الدلالة بنفس القيام الذي هو دليل الاعراض لم يعمل بعد ذلك صريح القبول وان كان هو قويا في نفسه لانه انفسخ بمجرد القيام ما كان متوقفا والمفسوخ لا تلحقه الاجازة *

قوله ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر لان العقد لما تم بالايجاب والقبول ثبت الملك لكل واحد منهما فالفسخ من ايهما كان ابطال حق للآخر بلا رضاه فلا يجوز كما بعد الافتراق من المجلس **قوله** والتحديث محمول على خيار القبول والتفرق تفرق الاقوال اي اذا اوجب احدهما البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل وللموجب خيار الرجوع عما قال قبل قبول صاحبه وهذا الخيار ثابت ما لم يتفرقا قولا فان تفرقا قولان قال احد هما بعث والاخر اشترى لم يبق الخيار بعده **قوله** وفيه اشارة اليه اي في الحديث اشارة الى خيار القبول فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها ولا قبلها كالمقارنين والمناظرين وتحقيقه ان الاحوال ثلث حالة لم يوجد فيها الايجاب والقبول وحالة وجد فيها وحالة وجد فيها احدهما فاطلاق اسم المتبايعين عليهما في الحالة الاولى والثانية مجاز باعتبار مايؤول اليه او باعتبار ما كان فبقيت الحالة الثالثة اذ هي جامعة قريبة الى الحقيقة اذ الشارع ابقى الايجاب مادام في المجلس ليرتبط بالقبول فان قيل بعد وجود كلاهما ابقاها الشارع متبايعين لما ان الشارع اعطى للعقد الشرعية حكم الجواهر لما صرف قلنا الباقي بعد كلاهما حكم كلاهما لا حقيقة كلاهما فان الكلام كما وجد يضمحل ويتلاشى فان قيل ذكر ابن عمر رضي الله عنهما ان التفرق تفرق الابدان قلنا تاويل الراوي لا يكون حجة على غيره ولا يكون ردا لاحتمال آخر كيف وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في رواية المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما فان قيل ففي كل واحد من المحملين اعني ما حملة الشافعي وما حملة ناه نوع مجاز (ايما)

(كتاب البيوع)

قال والامواض المشار اليها لا يحتاج اليها معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة
كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تنضي الى المنازعة *

اما فيما حمله الشافعي فما ذكره وما فيما قلنا فهو ان التفرق من الاوصاف فقيامها
لا يكون الا بالاعيان فلو اسند التفرق الى القول يلزم قيام العرض بالغرض وذلك لا يجوز
الا ان يسند اليه بطريق التجوز فيجب لذلك ان يسند التفرق الى البدن ليكون قولنا
بحقيقة التفرق قلنا نعم كذلك الا ان اسناد التفرق الى غير الاعيان شائع وفاش
في مجاري الكلام فصار هو بسبب فشوا الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى
وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال تعالى لا تفرق بين احد
من رسله هذان في الاعتقاد قال وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته هذا في النكاح وقال عم
تفرق امتي بعدي على ثلاثة وسبعين هذا ايضا في الاعتقاد فكان الحمل على القول
حملا على ما هو فاش في الاستعمال وهو بمنزلة الحقيقة من حيث انه يتسارع اليه
الافهام وصيانة لاسم المنبايعين من الحمل على ما ذكرنا * وذكر في الاستاذان المراد
من الخيار المذكور خيار الاقالة بدليل انه اضاف اليهما وانما الاقالة لشيء متعلق باختيارهما
جميعا لا الرد بخيار المجلس * وذكر في الايضاح ولا كلام للشافعي رح من حيث الفقه
ان قضية العقد للزوم لانه تم بهما وتعلق به حق كل واحد منهما فتبوت الخيار يستدعي سببا
لا محالة ولم يوجد وحمل الحديث على خيار القبول منقول عن ابراهيم رح **قوله** او يحتمله
اي يحتمل الحديث خيار القبول فيحمل عليه عند قيام الدليل وتدلل عليه ما ذكرناه *
قوله والامواض المشار اليها هذا يتناول الحجريين وغيرهما ثمة كان او مئثلا لان الاشارة
كافية في الكل اذ هي ابلغ اسباب التعريف الا في الاموال الربوية فان الامواض اذا كانت
من الاموال الربوية كالدراهم والدنانير والجنطة والشعير اذا بيعت بجنسها عند جهالة
مقدارها لا يجوز وان اشير اليها **قوله** في جواز البيع احتراز عن السلم لان معرفة (مقدار)

(كتاب البيوع)

والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل * **قال** ويجوز البيع بشمن حال وموجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى **وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاماً الى اجل معلوم ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطلبه في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها *

قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احداً وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احداً اغلب واروج فصح يصرف اليه تحرياً للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها

مقدار رأس المال شرط فيه عندا بيمينه ربح اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره * **قوله** والاثمان المطلقة اي الكاملة في الثمنية وهي الحجران لانهما خلقا للثمنية او اراد به غير المشار اليها الوجهين احدهما انه ذكر في مقايله المشار اليه والثاني ان ذكر القدر والصفة شرط في الثمن اذا لم يكن مشار اليه وان لم يكن هو مخلوقاً للثمنية فلا يبقى لذكر الاطلاق فائدة * والاموال ثلثة ثمن محض وهو ما يكون مقوماً لنفسه ولغيره وسلعة محض وهو ما لا يكون مقوماً لنفسه ولغيره ودائر بينهما وهو ما يصلح ثمناً اذا كان موجلاً كالمكيل والموزون * وصورة الاثمان المطلقة قبل بيان القدر والصفة ما اذا قال اشتريت هذا الشيء بالذهب ولم يبين قدره ولا وصفه وكذا لو قال بالدرهم وبيان القدر ان يقول عشرة او خمسة وبيان الصفة ان يقول بخاري او سمرقندي **قوله** وكل جهالة هذه صفتها وهي كونها مفضية الى المنازعة وهذا احتراز من جهالة لا تقضي الى المنازعة كما اذا كان مجهول القدر ومشار اليه وكما لو باع صدام من عبيد علي ان المشتري بالخيار وكما لو باع تقيز من صبرة طعام مشار اليها **قوله** ومن اطلق الثمن في البيع (اي)

(كتاب البيوع)

كالثنائي والثلاثي والنصري اليوم بسموقندوا الاختلاف بين العدالي بفراغة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالمية * **قال** ويجوز بيع الطعام والحبوب بمكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشا به جهالة القيمة *

قال ويجوز باء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بناذر قبله فتتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة ر ج انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر * **قال** ومن باع صبرة طعام كل قفيز بد رهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة ر ج الا ان يسمى جميع قفزاتها

اي ذكر القدر دون الصفة بان قال اشتريته بعشرة دراهم ولم يقل انها بخارية وسموقندية فانه لو لم يذكرهما كانت هذه المسئلة عين المسئلة الاولى قبل الاستثناء ولو ذكرها من تلك المسئلة بعد الاستثناء وهي قوله والاثنان المطلقة لا تصح الا ان تكون مع بيت من بيت ر ج صفة *

قوله كالثنائي والثلاثي بان يكون النقد الواحد احدى او اثنين يكون الواحد منه درهما والاخر ثانيا وهو ان يكون الاثنان منه درهما والاخر ثانيا وهو ان يكون الثلث منه درهما فمالية الاثنين او الثلث كمالية الواحد من الاحادي ولا يسمى الواحد من الثنائي والثلاثي درهما في ذلك العرف بل ينصرف الدرهم في عرفهم الى احد الاشياء وهو الواحد من الاحادي والاثنان من الثنائي والثلث من الثلاثي فمح يصح العقد على الدرهم المطلق **قوله** ويجوز بيع الطعام والحبوب بمكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه هذا انما يفيد فيما اذا كان شيئا يدخل تحت الكيل فاما اذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة وان كان في جنس واحد حتى لو باع نصف من الحنطة بمنوين من الحنطة يجوز كذا في الذخيرة * **قوله** ومن ابي حنيفة ر ج (انه)

(كتاب البيوع)

وقال يجوز في الوجهين له أنه تعذر الصرف الي الكل لجهالة المبيع والتمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس وصار هذا كما لو اقر وقال لفلان علي كل درهم فعليه درهم واحد بالا جماع ولهما ان الجهالة بيد هما ازالتهما ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبيد علي ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشتري الخيار

انه لا يجوز في البيع ايضا لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة وبذلك القدر ففي المجازفة المعقود عليه ما يشار اليه وعند ذكر القدر المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل اذا لم يكن المكيل معلوما وعن ابي يوسف رح في بيع المعين ان عين مكيا لا ينكس بالكس كالزئيل ونحوه لا يجوز العقد فيه لانه يتمكن المئازعة بينهما في الكيل وان كان شيئا لا ينقبض ولا ينسبط كالقصعة ونحوها يجوز *

قوله وقال يجوز في الوجهين اي سمي جملة القفزان او لم يسم **قوله** لجهالة المبيع والتمن فان قيل سلمنا ان في جهالتهما ولكن الجهالة انما تفسد البيع اذا كانت مفضية الى المنازعة وهذه ليست بمفضية اليها لان كل قفيز مقابل بدرهم وقد تراضيا به فبعد ذلك لا يتفاوت بين ان تكون الصبرة مائة قفيز او لم تكن قلنا قد تفضي الى المنازعة لان البائع يطالب من المشتري قبض الثمن اولا والثمن غير معلوم وهذا لا يدفع ما لم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن لان ذلك انما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعان **قوله** ولهما ان الجهالة بيد هما ازالتهما ومثلها غير مانع فان قيل بل مثلها مانع ايضا كما في البيع بالرقم فانه فاسد وان كانت ازالة الجهالة بيدهما قلنا انما فسد البيع بالرقم لان فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري فقهار هو بسببه بمنزلة القمار لانه يحتمل ان يبين البائع قدر الرقم بعشرة دراهم او اكثر او اقل وعن هذا (قال)

(كتاب البيوع)

لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كمل في المجلس او سمي جملة قفزا نهالانه علم ذلك الآن ،
فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع *

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رح وان علم بالرقم في المجلس لا ينقلب
ذلك العقد جائزا ولكن ان كان البائع دائما على الرضى فرضي به المشتري ينقصد
بينهما عقد ابتداء بالتراضي واما في مسئلتنا قد رالمبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلك
يعلم بكيل المشتري فكان ازالة الجهالة بيدهما فيجوز واما جواب ابي حنيفة رح
من بيع عبد من عبد ين ان القياس فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه استحسانا بالنص
والاصل عند ابي حنيفة رح ان كلمة كل متى اضيفت الى ما لا يعلم منتهاه تتناول
ادناه وهو الواحد كما لو قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد وكذا اذا اشترى
صبرة من حنطة كل قفيز بد درهم وكذلك اذا آجر داره كل شهر يلزمه العقد في شهر
واحد وعندهما هو كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالاشارة اليه واما فيما يعلم جملة
بالاشارة فبالعقد يتناول الكل كما لو كان معلوم الجنس بالتسمية لان الاشارة ابلغ
في التعريف وههنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد في الكل عادهما ولا جهالة في ثمن
كل واحد منهما والجهالة التي في جملة الثمن لا تقضي الى المنازعة وفي الفوائد الظهيرية
فان قيل ما ذكره ابو حنيفة وصاحبه رح ينتقض بما اذا قال كل امرأة اتزوجها فهي
طالق او قال كل عبد اشترته فهو حر فانه ينصرف الى كل امرأة يتزوجها والى كل
عبد يشتره فينبغي ان لا يجوز هذا على ذلك الاصل المذكور اتفقا قلنا نحن ندعي
ذلك فيما يجري فيه المنازعة لا فيما لا يجري فيه النزاع *

قوله لتفرق الصفقة عليه فان قيل ينبغي ان يكون البائع الخيار ايضا لتفرق الصفقة عليه
ايضا قلنا لتفرق في حقه جاء من قبله لامتناعه عن الكيل للكل فكان راضيا به فان قيل ينبغي
ان لا يكون للمشتري الخيار على قول ابي حنيفة رح لان شراء الصبرة يقع على قفيز (واحد)

(كتاب البيوع)

قال ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة ر ح وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعندنا ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز لل تفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تنضي الجهالة الى المنازعة فيه وتنضي اليها في الاول فوضح الفرق *

قال من ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصنفه عليه ثبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض

واحد عنده فكانه اشترى قفيزا من صبرة وثمة لا يكون له الخيار قلنا هذه المسئلة مجتهد فيها لا يعرف حكمه كل فقيه فكيف العامي فاذا لم يكن المشتري عالما بان العقد واقع على قفيز واحد وقد علم الآن بثبت الخيار عند العلم كما لو قيل اوسمي جملة قفزانها في المجلس بسنلة ثبوت الخيار للمشتري فيما لم يره ثم رآه لان الثمن كان مجهول القدر عنده وانما انكشف الحال في مقدار الواجب عليه ثمن في الحال فيتخير لاجله ويسمى هذا خيارا لكشف *

قوله والقدر ليس بوصف اعلم ان المشائخ ذكروا في الفرق بين الاصل والوصف حدوبا قيل ان ما يتسبب بالتبعض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما لا يتسبب بالتبعض والتشقيص فالزيادة والنقصان غير اصل وقيل الوصف ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره والاصل ما لا يكون بهذه المثابة وقيل ان ما لا ينتقص الباقي بقواته فهو اصل وما ينتقص الباقي بقواته فهو وصف فعلم بهذا ان القدر في المكبلات والموزونات اصل والذراع (في)

(كتاب البيوع)

والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذ به بكل الثمن بخلاف
الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذ به بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف
المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضاء

قال وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صنفه فكان بمنزلة
ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم

في المذروعات وصف فاذا انتقص فغير من مائة تغيز لا يتعيب الباقي ويشترى الباقي بالثمن
الذي كان بحصته مع التغيز الواحد واليد والعين اذا فاتنا ينتقص قيمة النفس وكذا الذراع الواحد
من الثوب او الدار اذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه فان العباثي
اذا كان خمسة عشر ذراعا ويشترى بخمسة عشر دينارا فاذا انتقص خمسة اذرع منه
لا يشتري الباقي بعشرة دنانير *

قوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن دل عليه ان الجارية اذا عورت في يد البائع قبل
القبض لا يسقط شيء من الثمن وكذا للمشتري ان يبيعها مرا بحة بالثمن الاول من غير بيان
فان قيل الاوصاف لو لم يقابلها شيء من الثمن وجب ان لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا امتنع الرد
حتى ان رجلا لو اشترى عبدا فاعتقه او مات عنه ثم اطلع على انه لم يكن اصابع يده تامة
يرجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف قلنا
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن الا اذا صارت متصودة بالتناول حقيقة او حكما اما حقيقة
فكما اذا باع عبدا فنقطع البائع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن لانه صار متصودا بالقطع
واما حكما فبان يكون امتناع الرد لحق الشارع ولحق البائع اما حق البائع فكم اذا تعيب المبيع
عند المشتري واما حق الشارع فكم اذا زاد المبيع بان كان ثوبا فخاطد ثم وجد به عيبا فالوصف
منه صار مقصودا باحد هذين ياخذ قسطا من الثمن كذا في الفوائد الظهيرية **قوله**
كاطراف الحيوان كما اذا اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم * (قوله)

(كتاب البيوع)

ولو قال بعثتها على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدناها قصة فالمشتري بالخيار أن شاء أخذها بحصتها من الثمن وأن شاء ترك لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار أصلا بفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذته بكل الثمن لم يكن أخذ الكل ذراع بدرهم وإن وجدها زائدة فهو بالخيار أن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسح البيع لأنه أن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعه يشوبه ضرره فيتخير وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذها بالقل لم يكن أخذًا بالمشرط *

قال ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فباعها عند الإحيفة ربح وقال هو جائز وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم لما يذرع به فاستعير لما يحلله الذراع

قوله ولو قال بعثتها على أنها مائة ذراع كل ذراع بدرهم فوجدناها قصة فالمشتري بالخيار أن شاء أخذها بحصتها من الثمن وأن شاء ترك لأن الذراع وصف من وجه لما صروا أصله من وجه لأنه عين ينتفع به بفراده فعملنا بالشبهين في الجائز فقلنا إذا قال كل ذراع بدرهم كأن أصلا لأن مقابلة الثمن من خواص كونه أصلا إذا لم يكن لا يقابل إلا وصاف فنزل كل ذراع منه منزلة ثوب فإن قيل الذراع لو كان أصلا على تقدير الأفراد بذكر الثمن بقوله كل ذراع بدرهم يجب أن يمنع دخول الزيادة في العقد كما إذا باع صبرة على أنها عشرة أقدرة فإذا هي أحد عشر لا تدخل الزيادة في العقد قلنا الفرق بينهما هو أن الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد لأنه يصير بائعا بعض الثوب وأند لا يجوز بخلاف الصبرة كذا في الفوائد الظهيرية * وفي شرح الطحاوي وكذلك كل وزني إذا كان في تبعضه مضرة كالدرية وكالأناء من فضة أو صفرا وما شبه ذلك اشتراه على أنه كذا فوجدته أقل أو أكثر فهو على التفصيل الذي ذكرناه في الذرع لأن الوزن فيما في تبعضه مضرة من جملة الصفة كالذرع في الذرع * (قوله)

(كتاب البيوع)

وهو المعين دون المباع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ جُمْلَةُ الذَّرْعَانِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ هُوَ الصَّحِيحُ خَلَا فَا لِمَا يَقُولُهُ الْخَصَافُ لِبَقَاءِ الْجِهَالَةِ

قوله وهو المعين أي الذي وقع عليه الذراع معين إلا أنه مجهول لأن الخشبة تحل مكاناً معيناً فيكون مجازاً عن المعين لأن الجزء الشائع لا استحالة ذرعه وإنما الجهالة في أن تلك العشرة في أي موضع من الدار في صدرها أو أسفلها أو في غير ذلك بخلاف السهم لأن عشرة أسهم شائع في الكل فلم يلزم فيه جهالة تقضي إلى المنازعة فكان صاحب عشرة أسهم شريكاً لصاحب تسعين سهماً في جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل قدر نصيبه في أي موضع كان فلا تؤدي إلى المنازعة **قوله** خلافاً لما يقوله الخصاف رحمه الله ذكر الخصاف في هذه المسئلة أن فساد المبيع عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ جهالة جُمْلَةُ الذَّرْعَانِ فَمَا إِذَا عَرَفْتَ مَسَاحَتَهَا يَجُوزُ عِنْدَهُ وَجَعَلَ هَذِهِ الْمَسْئَلَةَ عَلَى قِيَاسِ مَا لَوْبَاعُ كُلِّ شَاةٍ مِنَ الْقَطِيعِ بِعَشْرَةِ أَنْصَافٍ عَدَدُ جُمْلَةِ الشَّاةِ مَعْلُومًا يَجُوزُ عِنْدَهُ وَأَنْ لَمْ يَكُنْ مَعْلُومًا لَا يَجُوزُ * وَذَكَرَ أَبُو زَيْدٍ الشَّرْطَ أَنَّ مَنْ بَاعَ دَارًا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فَا سَدَّ وَأَنْ عِلْمَ جُمْلَةِ الذَّرْعَانِ وَهُوَ جَوَابُ الْجَامِعِ الْمَشْتَرِي وَهُوَ الصَّحِيحُ **قوله** لِبَقَاءِ الْجِهَالَةِ أَيِ الْجِهَالَةِ بَاقِيَةِ عِلْمِ جُمْلَةِ الذَّرْعَانِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ فَالْمَشْتَرِي يُطَالِبُهُ مِنْ مَقْدَمِ الدَّارِ وَالْبَائِعُ يَسْلَمُ مِنْ مُؤَخَّرِهَا فَتُؤَدَّى إِلَى النِّزَاعِ وَمِمَّا يَوْضَحُ الْفَرْقَ بَيْنَ السَّهْمِ وَالذَّرْعِ أَنَّ ذَرَاعًا مِنْ مِائَةِ ذَرَاعٍ وَذَرَاعًا مِنْ عَشْرَةِ ذَرَاعٍ سَوَاءٌ وَسَهْمٌ مِنْ عَشْرَةِ أَصْهُمٍ لَا يَوَازِيهِ سَهْمٌ مِنْ مِائَةِ أَصْهُمٍ وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلْإِمَامِ شَمْسِ الْأُتَمَةِ السَّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لَمْ يَذْكُرْ هَهُنَا وَلَا فِي الْبَيْعِ أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى عَشْرَةَ أَصْهُمٍ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ وَلَمْ يَقُلْ مِنْ مِائَةِ ذَرَاعٍ كَيْفَ الْحُكْمُ فِيهِ عَلَى قَوْلِهِمَا مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَقُولُ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ الْعَقْدُ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ اشْتَرَى سَهْمًا مِنْهَا وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ حَتَّى يَمْلَأَ هَذِهِ الْجِهَالَةَ لَا تَقْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَإِنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَذَرَاعَ جَمِيعَ الدَّارِ حَتَّى إِذَا كَانَتْ مِائَةِ ذَرَاعٍ عَلِمَ أَنَّ الْمُبْتَاعَ عَشْرَهَا (وَأَنْ)

(كتاب البيوع)

ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة واحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمانية في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة ربح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما روي حيث لا يجوز فيهما

وان كان خمسين ذراعا علم ان المبيع خمسها بخلاف ما لو اشترى سهما منها ولم يقل من كذا كذا سهما لان تلك الجهالة لا يمكن دفعها فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة اسهم العشر اما في الذراع فزاله الجهالة ممكنة *

قوله ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة واحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن اما في فصل النقصان فلجهالة الثمن لانه يحط ثمن ثوب واحد وثمان ثوب واحد مجهول لانه اذا لم يسم لكل ثوب ثمانية فالثمن انما ينقسم على الثياب باعتبار القيمة ولا يدري ثمن الغائب بيقين اذ لا يدري انه كان جيدا او وسطا او رديا حتى يطرح عن المشتري قيمته فاذا صار ثمن الغائب مجهولة صار ثمن الباقي مجهولا ضرورة وهذا لا يصورنا الغائب جيدا تنقص حصة الباقي ولو صورناه رديا تزيد حصة الباقي فوضح ان ثمن التسعة مجهول وجهالة الثمن توجب فساد البيع واما في فصل الزيادة فلجهالة المبيع لان المبيع عشرة من احد عشر اذ الزائد على العشرة لم يدخل تحت البيع وبيع عشرة من احد عشر فسد للجهالة المفضية الى المنازعة وهذا لانه يجب رد الزائد على البائع ولا يدري اي ثوب يرد على البائع الجيد ام الردي فالبائع يطالبه بالجيد والمشتري يرد الردي وجهالة المبيع توجب فساد البيع **قوله** ولو بين لكل ثوب ثمانية قال كل ثوب بعشرة فان نقص صح بقدره لان المبيع معلوم كانه مشار اليه والثمن معلوم ايضا لانه متى سمي لكل ثوب عشرة كانت حصة الغائب معلومة وهي العشرة فتكون حصة الباقي معلومة بخلاف (ما)

(كتاب البيوع)

وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد في الهروي
وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعقود ثم فافتراقا * ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة
اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح
في الوجه الاول ياخذة بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذة بتسعة ان شاء
وقال ابو يوسف رح في الوجه الاول ياخذة باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة
ان شاء وقال محمد رح ياخذ في الاول بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير
لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه

ما اذا لم يسم ثمنا لان حصة الغائب لا تعلم انها عشرة ام تسعة ام احدى عشر فجها لانه تؤثر
في جهالة الباقي وله الخيار ان شاء اخذ كل ثوب بما سمي وان شاء ترك لانه ربما
يكون الباقي رديا والغائب جيد او المشتري انما رغب في الردي لما كان الجيد فيتضرر
بتفريق الصفقة قبل التمام فيتخير دفا للضرر عنه وان زاد فسد لان العقد تناول العشرة
فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولا واكثر مشائخنا على
ان الجواز في فصل النقصان قولهما اما عند ابني حنيفة رح فالعقد فاسد لان العقد فسد
في البعض لمفسد مقارن وهو عدم المعقود عليه اذ لا سبب للفساد ثبوت من عدم المعقود عليه
والعقد متى فسد بمفسد مقارن للعقد يفسد عنده في الباقي كما لو جمع بين حر وعبد
او اشترى ثوبين على انهما هزويان وبين ثمن كل واحد منهما فوجد احدهما مرويا
فان العقد يفسد عنده فيهما والعقد متى فسد في الكل اذا وجد احدهما خلاف جنس
ما سمي فلا ينفسد ههنا ولم يوجد احدهما سمي اصلا اولى قال شمس الائمة السرخسي رح
الاصح ان هذا قولهم لانه انما فسد العقد في الكل ثم لوجود العلة المفسدة وهي انه
جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا لقبوله في الآخر ولم يوجد ههنا لانه ما جعل
قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود ولا تصد ايراد العقد على المعدوم (وانما)

(كتاب البيوع)

فيجري عليه حكمها ولا يبيس فرحانه لما افرد كل ذراع بيدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولا يحنيفه ر ح ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد بخلاف مسألة الهرويين لانه جعل ثمه قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرط القبول في الآخر وهو شرط فاسد وكذا في مسألة الحر لانه شخص موجود بتحقيق الاضافة اليه والقبول فيه فيصير ذلك شرطاً فاسداً ولا كذلك ههنا اذا لا قبول يشترط في المعلوم **قوله** فيجري عليه اي فيجري على النصف حكم المقلابلة وفي بعض النسخ فيجزأ عليه من التجزية وهو ظاهر **قوله** فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة وفي الذخيرة وما قال ابو حنيفة ر ح اصح لان الذراع وما دونه في حكم الصفة على ما مر وانما يصير اصلاً بمقلابلة الثمن به والمقلابلة متيدة بالذراع فاذا عدم الذراع لم يثبت جهة الاصل فبقيت العبرة لكونها صفة فصارت زيادة نصف ذراع زيادة في زيادة صفة الجودة فيسلم له من غير ثمن واما الجواب عن قول مجاهد ر ح بان الدرهم لما قوبل بالذراع كان نصف الدرهم مقابلاً بنصف الذراع ضرورة بان يقول كون الذراع بمنزلة العين ليس باصل بل هو صار اصلاً باعتبار الافراد بمقلابلة الافراد واسم الدرهم لا يقع على ما دون الدرهم وكذلك الذراع فكانت المقلابلة مقتضبة على موضع الافراد وهو الدرهم فلما انعدمت المقلابلة من حيث اللفظ رجع الذراع الى اصله وهو الصفة وهذا هو الجواب ايضا عن قول ابي يوسف ر ح وما ذكر ان الذراع وصف فهو في الثوب الذي يتفاوت جوانبه وفيما يضره التبعض كالقميص والبراويل والعمائم والاقبية اما اذا اشترى كرباساً لا يتفاوت جوانبه على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فاذا هو واحد عشر لا تسلم له الزيادة وعلى هذا اذا باع ذراعاً من هذا الكرباس ولم يغب موضعاً يجوز كما اذا باع قفيزاً من الصبرة * (قوله)

(كتاب البيوع فصل)

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعها ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء

قوله فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف فان قيل لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت بحث فلو كان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لما حث بعد انهدام البناء لان الكل ينتقي بانتفاء الجزء مع ان الايدان مبنية على العرف فكان اعتبار العرف هنا كاليق من الاعتبار هنا قلنا البناء بمنزلة الصفة وهي في المعين لغوا اذا لم تكن داعية الى اليمين فان كانت داعية الى اليمين تعتبر الاتوى ان من حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحث وقد اعتبر الصفة في المعين لان صفة الرطوبة داعية الى اليمين فقد يضرب كل الرطب دون التمر فتعلقت اليمين بالعين والصفة ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكل لحمة بعد ما صار كبشا يحث وصفة البناء غير داعية الى المنع من الدخول فيها باليمين فتعلقت اليمين بالاسم وهو باق بعد الانهدام فيحث بعده وصفة البناء داعية الى الشراء لان الدار انما تشتري بالسكنى ولا سكنى بلا بناء فبناء سل البناء في الشراء عرفا * **قوله** ولانه متصل به اتصال قرار والاصل ان العرصة اصل في الدار لان قرار البناء عليها وانما دخل البناء وما كان متصلا بالبناء في بيع الدار بطريق التبعية لا اتصال البناء بالعرصة اتصال قرار وما لا يكون متصلا بالبناء لا يدخل في بيع الدار بلاذ كر الا اذا كان شيئا جرى العرف بين الناس ان البائع يسامح به فح يدخل بلاذ كر ولهذا قلنا ان الغلق يدخل في البيع بلاذ كر لكونه متصلا بالبناء والمفتاح لا يدخل قياسا لانه غير متصل بالبناء فصارت كتب موضوع في الدار وفي الاستحسان يدخل للعرف اذ البائع لا يمنع من المشتري بل ينسلمه مع الدار عرفا والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم * (قوله)

(كتاب البيوع فصل)

ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها ومن باع نخلا أو شجرا فيه نمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع ولأن الاتصال وإن كان خلقه فهو للقطع لا للبناء فصارت الأرض ويقال للبائع أقطعها وسلم المبيع وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفرغه وتسليمه كما إذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد وفي العادة إن لا يقطع وصار كما إذا انقضت مدة الاجارة وفي الأرض زرع قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك باجرا وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكره ما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن يناله المضاف والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق

قوله ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل بخلاف الحمل حيث يدخل في بيع الإلام لأنه جزء الإلام فيدخل وإن كان بعرض الفصل **قوله** ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل وقيل يدخل وفي شرح القدروري وشرح القاضي الإمام الأسجاني رح أن الزرع إنما لا يدخل في بيع الأرض من غير ذكره إذا لم ينبت بعد لو نبت وصار له قيمة ما إذا نبت ولم تصر له قيمة بعد يدخل وقيل لا يدخل والأول أصح وفي فتاوى الفضلي إذا باع أرضا فيها زرع لم ينبت فإن كان البذر قد عفن في الأرض فهو للمشتري وإنه للبائع فإن سقاها المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعله وكذلك إذا نبت ولم يقوم بعد واختيار الفقيد أبي الليث (أنه)

(كتاب البيوع فصل)

لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يد خلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها خلا فيه اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود بمنزلة المناع لا يدخل الا بالتصريح به *

قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتعابه في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبد صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال فريغ المالك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا وبشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعادة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة و ابي يوسف رح لما قلنا واستحسنه محمد رح للعادة

انه لا يدخل في البيع ويكون للبائع على كل حال الا اذا بيع مع الارض نصا ودلالة كذا في الذخيرة **قوله** لانهما ليسا منهما اي الزرع والثمر ليسا من المرافق والحق لان الحق يذكر لما هو تابع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يقصد اليه الا لاجل المبيع كالشرب والطريق والمرافق لما يرتفق به اي ينتفع به ويختص به ومن التوابع كالمطوخ والمطبخ ومسيل الماء **قوله** ولم يد خلا لما قلنا وهو قوله لانهما ليسا منهما **قوله** ومن باع ثمرة ولم يبد صلاحها بان لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب وقيل لا يجوز قبل ان يبد صلاحها لانها مستحق القطع اذا لا يصح البيع بشرط الترك ومستحق القطع كالمقطوع فلم تكن منتعابها حالا وما لا فلم يصح **قوله** او هو صفقة في صفقة وهو اعادة او اجارة في بيع لانه ان كان بمقابلة منفعة الترك بعض الثمن فهو اجارة مشروط في البيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من الثمن فهو اعادة مشروطة في البيع **قوله** وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة و ابي يوسف رح لما قلنا اي انه شرط لا يقتضيه العقد ولا حد المتعاقد بين فيه منفعة ومثله يفسد العقد وهذا لانه يحصل في المبيع زيادة جودة وطراوة وللمشتري (فيه)

(كتاب البيوع فصل)

بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض او الشجر ولو اشترها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعدها تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشترها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة

فيه نفع والمعتاد الترك بلا شرط لا شرط الترك وفي الاسرار الفتوى على قول محمد ر ح *
قوله بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض والشجر وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع فكأنه ضم المعدوم الى الموجود واشترها ففسد العقد ولو باع كل الثمار وقد ظهر البعض دون البعض فظاهر المذهب انه لا يصح عندنا خلافة المالك ر ح وكان شمس الائمة الحلواني والفضلي ر ح يفتيان بالجواز في الثمار والبازنجان والبطيخ وغير ذلك ويجعلان الموجود اصلا في العقد وما يحدث بعده تبعا استحسانا للتعامل الناس وقد روي عن محمد ر ح في بيع الورد على الاشجار انه يجوز ومعلوم ان الورد لا يخرج جيلة ولكن يتلاحق البعض بالبعض والاصح انه لا يجوز كذا في المبسوط لانه جمع في العقد بين الموجود والمعدوم والمعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود غير معلومة وترك القياس بالتعامل انما يجوز عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا اما في البازنجان والبطيخ فلانه يمكن ان يبيع اصولهما حتى يكون الجراد على ملك المشتري ولا ضرورة في بيع الثمار لانه يمكنه ان يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فيما بقي الى وقت وجوده فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم **قوله** لان هذا تغير حالة كتغير اللون والطعم والثمار اذا ضارت بهذه الصفة لا يزداد من ملك البائع فيها ولكن النضج من الشمس واللون من القمر والطعم من الكواكب فلم يبق فيها الا عدل الشمس والقمر والكواكب فلهذا قال محمد ر ح استحسان جوازه (قوله)

(كتاب البيوع فضائل)

لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشترى ما مطلقا فثمرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه

قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثنى منها ارطالا معلومة خلافا لما لك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معلوما لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رض قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناءه

قوله لعدم التعارف والحاجة لان التعارف لم يجز فيما بين الناس باستيجار الاشجار ولهذا الواستأجر نخلا ليحفظ عليه الثياب لا يجوز ولا حاجة لانه يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها على الاشجار **قوله** فبقي الاذن معتبرا فان قيل الاذن ثبت في ضمن الاستيجار وقد بطل المتضمن فيبطل ما في ضمنه قلنا الاذن في الاجارة الباطلة صار اصلا اذ الباطل عبارة عن المعدوم والمضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ولا كذلك في الاجارة الفاسدة لان الفاسد ما كان موجودا باصله فائتابوصفه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضي فساد ما في ضمنه فيفسد الاذن فيتمكن الخبيث * **قوله** لان الاجارة فاسدة للجهالة اي لجهالة مدة الادراك فيصير الموقوف عليه مجهولا فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحرق قديتا خرا الادراك اذا طال البرد **قوله** ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثنى منها ارطالا معلومة سواء كان على الشجرة او بعد الجز خلافا لما لك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول وهذه (الجهالة).

(كتاب البيوع فصل — ل)

موجوز بيع الحنطة في سنبها والباقي في قشرة وكذا الارز والسسم وقال الشافعي رح
لا يجوز بيع الباقي الا خضرو كذلك الجوز واللوز والفسق في قشرة الاول عنده وله
في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله لان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه

الجهالة تقضي الى النزاع اذ المشتري يطالب بالاجود والبائع يسلم الارذ اعلى انه
يحتمل ان الموجود ليس الا هذه الارطال المستثناة وصح في ظاهر الرواية لان الاصل
ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد كما لو استثنى قفيزا
من صبرة وما لا يجوز انفراد بالعتد لا يجوز استثناءه من العقد كما لو استثنى عضوا من الشاة
ونحوه وهذا لان الاستثناء استخراج بعض ما يتاوله الكلام في حق الحكم فانما يصح
في محل يمكن اثبات حكم الكلام فيه مقصودا وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه
وبيع الحمل واطراف الحيوان لا يجوز فكذا استثناءه وهذا لان الحكم فيه ثبت بعله
الاصل فلا يستقيم استخراجُه عن العقد والدليل الموجب في حقه قائم *

قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبها الخ فان قيل اذا باع حب قطن في قطن بعيته او باع
نوى تمر في تمر بعيته لا يجوز مع انه موجود في غلافه كالحنطة في سنبها قلنا اشار
ابو يوسف رح الى الفرق بينهما فقال لان الغالب في السنبلة الحنطة الا ترى
انك تقول هذه حنطة وهي في سنبها ولا تقول هذا حب وهو في القطن وانما تقول
هذا قطن وكذلك في التمر كذا في الذخيرة وفي شرح الطحاوي الاصل منه اذا باع شيئا
وهو في غلافه قبل الازالة فانه لا يجوز الا الحنطة في سنبها وسائر الحبوب في سنبها
والذهب في ترابه والفضة في ترابها بخلاف جنسه من الثمن كما لو باع لبنا في البصرع
او لحما في الشاة او شحمها او البتة او اكارعها او جلودها او باع دقيقا في هذه الحنطة او زيتا
في هذا الزيتون او دهنًا في هذا السسم او عصيرا في هذا العنب من الاشياء التي في خلقها
بحيث لا يمكن اخذها وقبضها الا بافساد المخلقة فلا يجوز البيع فيها * (قوله)

(كتاب البيوع فصل)

فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه ما لا متقوما بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربوا لأنه لا يدري قد رما في السنا بل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلقها لأنه يدخل فيه الأغلق لأنها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذا لا ينتفع به بدونه

قال وأجرة الكيال وناقدا الثمن على البائع أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا بيع مكيلة وكذا أجرة العداد والوزان والذراع وأما النقد فامذكور رواية ابن رستم عن محمد ربح لأن النقد يكون بعد التسليم الا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده

قوله فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه أي تراب الفضة تراب الفضة أو بالفضة وتراب الذهب بتراب الذهب أو بالذهب وهو تراب يجتمع في موضع يصاغ فيه الذهب والفضة **قوله** نهى عن بيع النخل أي بيع ثمر النخل **قوله** حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهره يقتضي الجواز بعد وجوب الغاية **قوله** كالشعير يجوز بيع الشعير في سنبله بالاجماع **قوله** وفي مسئلتنا أي في بيع الحنطة في سنبلها لو باعه بجنسه أي باع الحنطة في سنبلها بحنطة في سنبلها لا يجوز لشبهة الربوا لأنه لا يدري قد رما في السنا بل **قوله** إذا لا ينتفع به أي بالغلق بدونه أي بدون المفتاح فإن قيل الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار بدون ذكره أو ذكر الحقوق قلنا شري الدار قد يكون مقصودا بدون الطريق لأنه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراة وأما المغلق فلا يكون مقصودا منفردا (عن)

(كتاب البيوع فصل باب خيار الشرط)

وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيضكون عليه

قال وأجرة وزن الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم

قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولاً لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع

الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقية للمساواة **قال** ومن باع سلعة بسلعة

او ثمناً بثمن قيل لهما سلماً معاً لا ستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

* باب خيار الشرط *

قال خيار الشرط جائز في البيع للمشتري والبائع ولهما الخيار ثلاثة ايام فما دونها

عن المفتاح فيدخل بدون الذكر كما اذا استأجر داراً يدخل الطريق بدون الذكر *

قوله في رواية ابن سماعة عنه اي عن محمد ربح على المشتري وبه كان يفتي

الصدر والشهيد ربح **قوله** تحقياً للمساواة اي في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية

ايضاً لان الدين انقص من العين ولو كان المبيع غائباً عن حضرتها فللمشتري ان يمتنع

عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن كذا في المغني والله اعلم

* باب خيار الشرط *

البيع نوعان لازم وهو الاصل وغير لازم وهو الذي فيه الخيار وهذه الاضافة من باب اضافة الحكم

الى سببه كصلوة الظهر اذا لولا الشرط لما ثبت الخيار والموانع انواع ما يمنع انعقاد العلة كاضافة

البيع الى الحر وما منع يمنع تمام العلة كبيع مال الغير وما منع يمنع الحكم كخيار الشرط

وما منع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية وما منع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب وبيان

ان خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم ان الشرط محل على الحكم دون السبب لان

الاثباتات لا تقبل التعليق بالشرط فجعلنا الشرط داخلاً على الحكم دون السبب فيتنجز السبب

ويتعلق الحكم تقليلاً للتعليق حتى لو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشترته (بشرط)

(كتاب اليه ع باب خيار الشرط)

والأصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضي الله عنه كان يبيع في البيعات فقال له النبي عليه السلام إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والشافعي رحمه الله وقال لا يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الخيار إلى شهرين ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن ولا يبيح حنيفة رحمه الله أن شرط الخيار بخلاف مقتضى العقد وهو اللزوم وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة إلا أنه إذا أجاز في الثلث جاز عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لغيره رحمه الله هو يقول أنه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً

بشرط الخيار للبائع تحل اليمين لا إلى جزاء حتى لو اشتراه بعد ذلك بيعاً باتاً لا يعتق عليه فلو لا انعقاد السبب لما انحلت اليمين ولو لا ما نعية ثبوت الحكم لثبت العتق **قوله** حبان بن منقذ بفتح الحاء المهملة وبالباء بنقطة واحدة تحتانية وقد كان يبيع في البيعات لما مومة أصابت رأسه من الخلابة الخداع يقال خلبه بمنظة إذا مال قلبه بالطف القول وغبنه في البيع أي خدعه والغبن ضعف الرأي يقال رجل غيبين الرأي ومعنى قوله لا خلافة أي العدول من البيع البات إلى الخيار ليس مني غرور وخداع لك بل المقصود التروي ويحتمل أنه لا خلافة من جهة البائع لي يعني إثبات الخيار لي حتى أتروى وأدفع الغبن عن نفسي إن كان في هذا البيع **قوله** فصار كالتأجيل في الثمن أي جوز قلبه وكثيره وإن كان يخالف مقتضى العقد لاجل الحاجة **قوله** فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة وذكر في المبسوط وأبو حنيفة رحمه الله استدلالاً بالحديث بأن النبي صلى الله عليه وسلم قد رخص الخيار بثلاثة أيام والتقدير الشرعي إنما يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا التقدير ليس لمنع النقصان فإن اشتراط الخيار دون ثلثة أيام يجوز فعرفنا أنه لمنع الزيادة إذ لو لم يمنع الزيادة لم يبق لهذه التقدير فائدة (وفي)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

وله أنه اسقط المفسد قبل تقررته فيعود جائزاً كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولأن الفسـ
باعتبار اليوم الرابع فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل إن العقد يفسـ
بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا
على الوجه الأول * ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جار
والى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح يجوز إلى
أربعة أيام أو أكثر فإن نقد في الثالث جاز في قولهم جميعاً

من
وفي حديث ابن عمر رض أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد به
خيار الرؤية أو خيار العيب وأنه أجاز الرؤية بعد الشهرين *

قوله اسقط المفسد قبل تقررته فيعود جائزاً كما لو باع جذعاً في السقف ثم نزع وسلمه أو باع
بالرقم وأعلمه في المجلس الرقم في الأصل الكتابة والختم والتأجير رقم الثياب أي يعلمها
بأن ثمنها كذا والمراد من البيع بالرقم هو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة يعلم بها الدلال أو غيره
بأن ثمن الثوب كذا وهو لا يعلم المشتري ذلك القدر فيقول صاحب الثوب أو الدلال أو غيره
بعتك هذا الثوب برقمه فقال المشتري قبلت من غير أن يعلم مقداره ينعقد البيع فاسداً
ثم لو علم المشتري قدر ذلك الرقم في المجلس وقبله ينقلب البيع جائزاً بالاتفاق وهذا
عند أهل العراق من أصحابنا رح فإن عندهم ينعقد العقد فاسداً ويرتفع الفساد بحذف الشرط
والوجه أنه موقوف فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو مذهب أهل خراسان
وآل به مال الإمام السرخسي رح **قوله** وهذا على الوجه الأول وهو قوله وله أنه اسقط المفسد
يعني أن القول بانقضاء فاسداً ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط المفسد إنما يستقيم على
التعليل الأول وأما على التعليل الثاني وهو قوله ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع
إلى آخره فلا يستقيم القول بارتفاع الفساد بحذف الشرط لأنه لم ينعقد فاسداً إذا المفسد
هو اتصال اليوم الرابع ولما أجاز في الأيام الثلاثة ظم أن العقد كان جائزاً من الأصل (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

والأصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا من المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر أبو حنيفة ر ح على أصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد ر ح في تجويز الزيادة وأبو يوسف ر ح اخذ في الأصل بالاثروفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر ر ح وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد أولى ووجد الاستحسان ما بينا **قال** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمرضاة فلا يتم مع الخيار ولهذا لو اعتقه ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع

قوله والأصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار في المقصود لانه يكون ثمة مخيرا في الايام الثلاثة بين الفسخ والامضاء وشرط الخيار جوز لهذا المقصود وبهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود غير انه جعل ترك النقد اماراة الفسخ والنقد اماراة الامضاء كانه قال ان شئت اجزت العقد فانقد الثمن الى ثلاثة ايام وان شئت افسخه فلا انقد وفي الحاجة اذ كما يحتاج ثمة الى التروي في المبيع هل يوافق ام لا يحتاج ههنا الى التأمل في الثمن هل يصير منقودا ام لا فان قيل لو سكت ثمة حتى مضت المدة تم البيع وههنا لو سكت حتى مضت المدة يفسخ البيع فلا يكون في معناه قلنا الحاجة ماسة الى انفساخ العقد متى لم ينقد الثمن ليدفع غبن عدم النقد فكان ملحقا به من حيث الحاجة الى دفع الغبن **قوله** وأبو يوسف ر ح اخذ في الأصل اي في شرط الخيار بالاثرو وهو ما روي ان ابن عمر رض اجاز الخيار الى شهرين وفي هذا اي في الزائد على ثلاثة ايام في خيار النقد بالقياس لان القياس في شرط الخيار ما قاله أبو حنيفة ر ح وانما تركناه بانرا بن عمر رضي الله عنهما ولا اثر ههنا بقبي على أصل القياس **قوله** بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها اي لتعلق الاقالة بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الصحيح منها فيه مفسد بان قال بعثك هذا العين على ان تقيله لم يصح وهذه اقالة صحيحة لانها غير معلقة وقد كوفي الفوائد الظهيرية ثم انه ان لم ينقد الثمن الى انقضاء ثلاثة ايام يفسد البيع (ولا)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق **قال** وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرأله دون الآخر الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقال يملكه لانه لما خرج عن ملكه البائع فلولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك

ولا ينفسخ حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده ينفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ ثم لو كان مثل هذا الشرط للبائع بان اشترى عبدا ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن الي ثلثة ايام فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط ويصير البيع بمنزلة البيع بشرط الخيار للبائع حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ ولو اعتقه البائع ينفذ

قوله فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة وقال ابن ابي ليلى رح لا شيء عليه لانه امين فيه حيث قبضه باذن صاحبه وانما نقول البائع مارضى بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وهذا لان الضمان الاصيلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصيلي وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري على ما يجي **قوله** وفيه القيمة اي في المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا لم يكن مثليا فان كان مثليا فعليه المثل ثم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى حتى اذا قال اذهب بهذا الثوب فان رضيته اشتريته فذهب به فهلك لا يضمن ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى **قوله** اعتبارا بالصحيح المطلق اي بالبيع الصحيح المطلق من الخيار (اذا)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

ولا عهد لنا به في الشرع ولا يحنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان في ملك زجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر *

اذا هلك المبيع في يد البائع ينفسخ البيع فان قيل ما فائدة قيده بالصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك قلنا اجراء لتصرفات المسلمين على ما هو الا ليق بحالهم من التصرفات الصحيحة دون الفاسدة *

قوله ولا عهد لنا به في الشرع اي غير معهود في شريعتنا ان يكون الشيء مملوكا ولا مالك له فان قيل متولي الوقف اذا اشترى عبدا لخدمة للكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري قلنا غير معهود في الشرع اي في باب التجارة وما ذكره من النقص لمحقق بتوابع الاوقاف من المنقولات والحكم في الاوقاف كذلك ولانه مبقى على حكم ملك الواقف ولهذا يكون الثواب له **قوله** حكما للمعاوضة اخترزبه عن الضمان في غصب المدبر فان المدبر المخصوص

اذا ابق من يد الغاصب يجب الضمان على الغاصب ولا يخرج المدبر عن ملك المولى فقد اجتمع البدلان وهو المدبر وبدلته وهو الضمان في ملك المولى قلنا ذاك ضمان جنائية لا ضمان معاوضة وكلامنا في الذي يقبل الانتقال بحكم المعاوضة حتى يصح البيع فيجب ان لا يجتمع البدلان في ملك واحد بحكم المعاوضة وفي الفوائد الظهيرية ما قاله ابو حنيفة رح من كون الشيء مملوكا ولا مالك له مشروع في الجملة كما في العبد المشتري لخدمة الكعبة وما قال من اجتماع البدلين في ملك رجل واحد غير مشروع اصلا فكان التعويل على ما قاله ابو حنيفة رح وذكر الامام الترمذاني رح ويجوز ان يخرج : . الشيء عن ملك انسان ولا يدخل في ملك غيره كالتركة المستغرة من الدين يزول (عن)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعري عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف *

قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار

من ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة لكن في قوله يزول عن ملك الميت منع اذا اشرقة بمقتاة في حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه وقضاء الدين منها فلا يزول ملكه *
قوله وكذا اذا دخله عيب اي يلزم العقد ويجب الثمن هذا اذا كان عيبا لا يرتفع كما اذا قطعت يده واما اذا كان عيبا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال المرض في الايام الثلثة واما اذا مضت الثلثة والعيب قائم لزمه العقد لتعذر الرد كذا في الايضاح **قوله** ووجه الفرق انه اذا دخله عيب اي اذا كان المبيع في يد المشتري والخيار للمشتري فدخله عيب يمنع الرد ويبطل الخيار لما ذكرنا انه تعذر عليه الرد كما قبض سليما من العيب وكذلك في الهلاك لانه لما اشرف على الهلاك سقط خياره لعجزه عن رده كما قبضه فتم البيع وهو قائم نلزم الثمن المسمى وكذا ان تعيب بفعله او بفعل اجنبي او بآفة سماوية او بفعل المبيع لانه محجز عن رده كما قبض بهي وجه تعيب عنده فستط خياره بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه وان اشرف على الهلاك فخيار البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار لانه لو رضي به يتمكن من الاسترداد فاذا هلك هلك على ملكه فينفسخ العقد ضرورة اذ لو لزم البيع فيه للزم بعد موته وبذلك لا يجوز لعدم المحل فكان مضمونا بالقيمة كما لمقبوض على سوم الشراء **قوله** ومن اشترى امرأته قيد بشراء امرأته لان المشتراة اذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه يعين كونها بكرا او ثيبا في انه يكون مختارا للبيع بالوطي بالا جماع سواء نقصه الوطي او لم ينقصها * (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

وان وطئها له ان يرد ها لان الوطئ بحكم النكاح الا اذا كانت بكر لان الوطئ ينقصها وهذا عند ابي حنيفة ر ح وقال لا يفسد الشكاح لانه ملكها وان وطئها لم يرد ها لان وطئها بملك اليمين فيمنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف وقال ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حبض المشتراة في المدة لا يجزأ به من الاستبراء عنده وعندهما يجزأ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض

قوله وان وطئها له ان يرد ها اي وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطئ اما اذا نقصها فليس له الرد وان كانت ثيبا **قوله** بخلاف ما اذا قال ان اشتريته حيث يعتق عندهم جميعا لانه كالمنشئ للعتق لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجوه الشرط فان قيل لو كان كالمنشئ للعتق لوقع عتق المجلوف بعته بالشراء عن الكفارة اذا اشتراه ناويا عن الكفارة قلنا انما جعلناه كالمنشئ تصحيحا للجزاء اعني قوله فهو حر وليس من ضرورة جعله كالمنشئ في حق الجزاء جعله كالمنشئ في صحة نية الكفارة لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها **قوله** ان حبض المشتراة في المدة لا يجزأ به من الاستبراء عنده وذكر في شرح الطحاوي فحاضت عنده بعد القبض في مدة الخيار وحصل بعض الحيضة في مدة الخيار فاغتاز صارت للمشتري ولا يجزأ بتلك الحيضة من الاستبراء عند ابي حنيفة ر ح وعندهما يجزأ بها **قوله** لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما ان كان الرد بعد القبض يجب على البائع الاستبراء قياسا واستحسانا فاما قبل القبض فيجب الاستبراء قياسا ولا يجب استحسانا لان الملك وان ثبت لكنه لم يتقرر واجمعوا على ان العقد لو كان باثام فبيخ العقد بينهما بلعالة او غيرها ان كان قبل القبض القياس ان يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان لا يجب وان كان بعده فلا استبراء واجب قياسا واستحسانا (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لاتصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ما ذواله فابراه البائع من الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع من التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد، نه تمليكاً بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم

قوله ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لاتصير ام ولد له يريد به اذا ولدت في مدة الخيار وهي في يد البائع ولم يقبضها المشتري اما اذا كانت مقبوضة في يد المشتري وولدت عنده في مدة الخيار يسقط الخيار ويثبت الملك للمشتري وتصير ام ولد له بالاتفاق لانها تعيبت بالولادة ويدل عليه ما ذكر في المبسوط وان اشترى جارية على انه بالخيار ثلثة ايام فولدت عنده سقط خياره لانها تعيبت بالولادة وذكر الامام قاضي خان رح ومنها اذا اشترى جارية قد ولدت منه بنكاح على انه بالخيار ثلثة ايام عند ابي حنيفة رح لاتصير ام ولد له ولا يبطل خياره وعندهما تصير ام ولد له ويبطل خياره **قوله** فهلك في يده اي في يد البائع في المدة او بعدها هلك على البائع ويبطل البيع **قوله** فابراه البائع من الثمن فان قبل اذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه بالاجماع فلا يملكه البائع ضرورة فكيف يصح ابراهه قلنا في القياس لا يبرأ وفي الاستحسان يبرأ وذكر في شرح الطحاوي رح ثم ان البائع ابراهه من الثمن فالقياس ان لا يصح ابراهه لانه لا يملك الثمن وفي الاستحسان يصح ابراهه لانه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد **قوله** والماذون له يليه اي له ولاية الامتناع عن التملك **قوله** ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم وان كان العقد بشرط الخيار للبائع فاسلم البائع بطل البيع لما ذكرنا ان المبيع لم يخرج عن ملكه (والاسلام)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة وله ان يجيز فان اجازة بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رحم يجوز وهو قول الشافعي رحم والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه لانه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالا اجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعري عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل

والاسلام منع اخراجه من ملكه بالعقد ولو اسلم المشتري فلا يبطل العقد وخيا والبائع على حاله لان العقد من جانب المشتري باق فان اختار البائع الفسخ عادت الخمر اليه وان اختار الاجازة صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم من اهل ان يملك الخمر حكما كما يملك بالميراث *
قوله وانما كنى بالحضرة عن العلم بطريق ذكر السبب وارادة المسبب فالحضرة سبب للعلم **قوله** وصار كالوكيل بالبيع فان للوكيل ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لما انه مسلط من جهة الموكل فكذا لك من له الخيار مسلط من جهة صاحبه **قوله** ولا يعري عن المضرة فان قيل لو لم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر ايضا وهو ان يخفي الذي ليس من جانبه الخيار شخصه حتى يمضي مدة الخيار فلزمه العقد شاء او ابى فيتضرر من له الخيار اذا ابى لزوم البيع قلنا انما يلزم هذا الضرر من جانبه بتقصيره في اخذ الكفيل من صاحبه فكان ضررا مرضيا بخلاف ما نحن فيه وفي فتاوى قاضيخان رحم رجل اشترى شيئا على انه بالخيار ثلثة ايام فجاء المشتري في الثلثة الى باب البائع ليرد المبيع فاختفى البائع منه وطلب المشتري من القاضي ان ينصب خصما عن البائع ليرده عليه اختلفوا فيه قال بعضهم ينصب خصما نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه القاضي الى ذلك ولا ينصب خصما لان المشتري لما اشترى ولم يخذ منه (كفيلة)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك
النسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبته صاحبه وبلغه في المدة
تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ *

كفيلامع احتمال تغيبه فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له وان لم ينصب القاضي خصما
وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمدرح فيه روايتان في رواية يجيبه القاضي
الى ذلك فيبعث مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلان يريد
ان يرد المبيع عليك فان حضرت والانقضت البيع فلا ينقض القاضي البيع من غير اذار
وفي رواية لا يجيبه القاضي الى الاعذار ايضا فتقبل محمدرح كيف يصنع المشتري قال ينبغي
للمشتري ان يستوثق وياخذ منه وكلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب البائع يرد على الوكيل *

قوله بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه لانه لا يلزم الاخر باجازه شيئا لان العقد لازم
من جانب المشروط عليه الخيار **قوله** وكيف يقال هو مسلط على الفسخ من جهة
صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فيما لا يملك المسلط ولكن انما يتمكن
من النسخ لان العقد غير لازم في حقه وبفوت صفة اللزوم يتمكن من الفسخ
بلا رضاء صاحبه ولكن لا يتمكن بلا علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات
وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لانه مسلط على التصرف من جهة الموكل
فتسليطه اياه على التصرف فوق علمه به ولا يلزم ما اذا كان الخيار للبائع فاعتق المبيع
او دبر او كاتب او رهن او وطئ او قبل بشهوة او وهب او اجر فانه ينتقض البيع وان لم يعلم
المشتري لان ثبوت الفسخ هنا ضمنى لا بقصد المتصرف فلا يتوقف على العلم كالموكل
اذا اعتق العبد الذي وكل ببيعه ينزع الوكيل وان لم يعلم به بخلاف ما لو عزله قصدا
فان قيل يشكل على قولهما انه تصرف يلاقي حق الغير وهو العقد بالرفع مسائل
منها خيار المخيرة فانها تختار نفسها بدون علم الزوج فينقض ذلك عليه وان لم يرض (ولم)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي رح يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين

ولم يعلم وفيه الزام حكم الاختيار على الزوج من غير علمه ومنها الرجعة فان الزوج يتفرد بالرجعة ويلزم حكم الرجعة على المرأة من غير علمها ومنها الطلاق والعناق والعفوعن القصاص ومنها خيار الامة المعتقة حيث يصح اختيارها للفرقة بدون علم الزوج ومنها خيار المالك وهو فيما اذا باع مال غيره فان للمالك خيارا فيه فلوردا رتد بلا علم المعتادين ومنها العدة فانها تلزم الانسان من جانب الغير بدون علمه قلنا اما الجواب عن الاولى فان الزوج انما يلزمه حكم الطلاق بايجابه وذلك فوق رضاه وعلمه فكان بمنزلة ما يلزم الموكل بتصرف الوكيل واما عن الرجعة فان الزوج بالرجعة لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الذي ثبت به الرجعة لا يرفع النكاح فكان النكاح نابئا بحاله قبل الرجعة وانما ثبتت البينونة عندا نقضاء العدة بشرط عدم الرجعة من الزوج في مدة العدة واما عن الطلاق ونحوه فانه من الاسقاطات فلا يلزم على من اسقط عنه شيء واما خيار الامة المعتقة فانها مسئلة لاروابه فيها ثم الجواب عنها ان سلم ان الخيار ثبت لها بتخيير الشرع اياها فصار كما لو ثبت بتخيير الزوج لان للشرع ولاية علينا واما رد المالك بيع الفضولي فان العقد لا يوجب في حق المالك الا بالاجازة لانه ليس للعاقدين على المالك ولاية فاذا رد فقد انعدم شرط الثبوت في حقه فانعدم اصلا واما العدة فانها لا تجب بالطلاق الا ترى انها لا تجب بطلاق قبل الدخول بل الطلاق لقطع الملك الا انه لم يقدر على قطع الملك لحقه فيبقى الحق الى حين فكان لزوم العدة على المرأة في ضمن اقدار الله تعالى للزوج على قطع ملكه بالطلاق بعد الدخول فكان الاعتبار للمتضمن لا للمتضمن *

قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره هذا اللفظ بعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما واذا مات من عليه الخيار فالخيار باق بالاجماع ثم لما بطل الخيار عندنا يلزم البائع وقال مالك رح ينفسخ العقد **قوله** كخيار العيب والتعيين اي خيار تعيين المبيع (بان)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

ولنا ان الخيار ليس الامشئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار لا يورث واما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء

بان يشتري احد الثوبين على انه بالخيار ياخذ ايهما شاء وخيار الرؤية على اصلكم كذا في الاسرار *
قوله ولنا ان الخيار ليس الامشئة اي في رده فان معنى قولنا فلان بالخيار في كذا اي المشئة اليه ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ومشئته صفته لا يزيله ولا يحتمل الانتقال منه الى الوارث وبقية كسائر صفاته من القدرة والحياة والارث فيما يحتمل الانتقال الى الوارث فاما ما لا يحتمل الانتقال فلا يورث كملكه في منكوحته وام ولده والعقد لا ينتقل الى الوارث لانه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قدمضي وتلاشي فلا يتصور انتقاله الى الوارث وانما يملك الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث في ملكه لافي العقد فان الملك يثبت ولاية الاقالة الا ترى ان اقالة الموكل مع البائع صحيحة والعائد هو الوكيل دون الموكل فان قيل ما ذكرتم من عدم انتقال صفة التوزيع منقوض بتوريث الاعيان فان المالكية في الاعيان صفة لما لك الا عيان ثم هي تنتقل من المورث الى الوارث في حق الاعيان قلنا لا كك بل العين تنتقل^٢ ولا الى الوارث وفي ضمن انتقال العين يثبت الملك للوارث ابتداء لان مالكية المورث تنتقل اليه فان قيل فما يمنعكم من ان تجعلوا خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث وفي ضمن انتقاله ينتقل الخيار معه الى الوارث قلنا ليس من لوازم المبيع الخيار بل الاصل عدم الخيار فكم من بيع لا خيار فيه فلا يلزم من انتقال المبيع الى الوارث انتقال الخيار واما المملوك فلا يتصور بدون المالك فان قيل قد ينتقل الحق ارثا من المورث الى الوارث بدون ان ينتقل محل الحق اليه وهو العين كما اذا مات ولي القصاص ينتقل حق القصاص الى وارثه قلنا لا ينتقل بل ثبت ابتداء له لتسفي الصد وزولا يمكن ان يجعل الخيار كالقصاص لان الخيار ثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقدا ولا شارطا فلا يثبت في حقه (واما)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار *

قال ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض * ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معاً

واما تشفي الصدر فامر يشمل الكل الا ان المورث لتقدمه على الوارث كان الاستيفاء له فاذا مات فقد ذهب التقدم فيخلفه من كان اقرب اليه *

قوله لاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل الاختلاط مشترك فلم يكن هو الولي بالتعيين من البائع قلنا لان مورثه ملك احد العبدین على وجه يكون له ولاية التمييز والتعيين بالشرط فيملكه الوارث كذلك بخلاف البائع اذ ملكه في احدهما لا يكون بهذه الصفة **قوله** لان الخيار من مواجب العقد واحكامه اي لو شرط في العقد يصير حقاً من حقوق العقد وواجباً من مواجبه **قوله** فيقدم الخيار له اقتضاء كقوله اعترق عبدك عني على الف درهم فاعترق فان الامر يصير مشترياً منه ولا موكلاً اياه بالعتق عندنا تصحيحاً للامر وزفر رح لا يقول بالاقتضاء فهذه فرع تلك المسئلة المذكورة في الهداية فان قيل شرط الثمن على الاجنبي وجب ان يصح بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولاً ثم على الاجنبي بطريق الكفالة قلنا هذا لا يصح لان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هو في ذمة الاصيل والكفالة التزام المطالبة والمذكور هنا ان الثمن على الاجنبي وثبوت المقضي لتصحيح المقضي والكفالة لو صححت بطريق الاقتضاء لكان مبطلاً للمقضي فعاد على موضوعه بالنقض فان قيل (من)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن المائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الأول قول محمد رح والثاني قول أبي يوسف رح واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل

من شرط صحة المقتضى أن يكون هو حط رتبة وادون منزلة من المقتضى الذي هو المذکور وعن هذا قلنا لم يثبت الحرية للعقد الحائث في يمينه في قول المولى له كفر يمينك بالمال وإن كانت صحة التكفير مقتضية للحرية سابقا على التكفير بالمال إذا لا يصح هو بدون الحرية لما أن الحرية أصل وأقوى منزلة من تصرف التكفير فلم يثبت الحرية لذلك بطريق الاقتضاء قلنا نعم كذلك إلا أن الأصالة قد ثبتت لغير العاقد ههنا بوجه آخر فلذلك جاز أن يثبت خيار العاقد اقتضاء وذلك أن شرط الخيار من قبيل الألفاظ بحيث لا يثبت بدون اللفظ وغير العاقد أصل في حق اللفظ لأنه أثبت له الخيار باللفظ تصدا واما الحرية فليست من خواص اللفظ إذ الحرية تثبت في شراء القريب وارتبه بدون اللفظ فكانت الحرية خالية عن جهة التبعية فلا تثبت في ضمن ما هو متبع لها وهو التكفير واما ههنا فالعاقد تبع لغير العاقد في اشتراط الخيار في حق اللفظ فيثبت بطريق الاقتضاء *

قوله يعتبر تصرف العاقد في رواية في بيع الأصل تصرف المالك أولى نقضا كان أو إجازة وتصرف الفسخ في رواية الماذون **قوله** ولمفسوخ لا تلحقه الإجازة فإن قيل المفسوخ يلحقه الإجازة ألا ترى أن الخيار إذا كان للبائع أو للمشتري فالقبول فناقضا البيع ثم هلك عند المشتري قبل أن يقبضه البائع بحكم الإقالة فعلى المشتري الثمن إن كان الخيار له والقيمة إن كان الخيار للبائع لأن تمام الفسخ بالتسليم إلى البائع ثم قال شمس الأئدة رح في المبسوط وهذا لأن الفسخ بحكم الخيار محتمل للفسخ في نفسه حتى أوتفأسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما (جاز)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

وابو يوسف ر ح يعتبرهما *

قال من باع عبد ين بالغ درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وان باع كلوا أحدهما بخمس مائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالأخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانياً في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محللاً للبيع كما إذا جمع بين قن ومذبر.

جاز وفسخ الفسخ ليس هو إلا إجازة البيع في المفسوخ قلنا هذا لا يلزم لأن قلنا الإجازة لا ترد على المنتقض ولا إجازة فيما ذكرتم كذا في العوائد الظهيرية وذكر الامام قاضي بخان ر ح والصحيح ما ذكر في المأذون لأن النقض أقوى من الإجازة فإن النقض يرد على الإجازة والإجازة لا يرد على النقض والأدنى لا يعارض الأقوى كنكاح الجرة مع الأمة إذا اجتمعا يصح نكاح الحرة لأن نكاح الحرة يرد على نكاح الأمة ونكاح الأمة لا يرد على نكاح الحرة فإن قيل الإجازة توجب الحرمة على البائع فكان أولى قيل الإجازة تأثيرها في إثبات الحل والفسخ تأثيره في إبقاء الحل فكان الإبقاء أولى ولأن الإبقاء مع الشك أحق من الإثبات مع الشك لأن الشيء يبقى مع الشك ولا يثبت مع الشك فكان اعتبار الفسخ أولى *

قوله وأبو يوسف ر ح يعتبرهما ويجعل العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد منهما أن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء نقض البيع لتفرق الصفقة ولما لم يرجح تصرف المالك على تصرف الوكيل والفسخ راجع على الإجازة علم أن الفسخ أولى عندة من الإجازة **قوله** وقبول العقد في الذي فيه الخيار جواب شبهة وهو أن يقال ينبغي أن يفسد العقد في هذه الصورة أيضاً لوجود المفسد وهو قبول العقد في الذي لم يدخل في العقد لأن العبد (الذي)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين
اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن *

قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثه ايام فهو جائز
وكذلك الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد

الذي فيه الخيار غير داخل في العقد حكما وقبول كل واحد منهما شرط الصحة الآخر فكان بمنزلة من
جمع بين قن وحر وباعهما وانه لا يجوز اوباع ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروى فقال
ليس هذا كذلك فان الحر والمروى غير داخل في العقد لان العقد اول احكاما لانه ليس بمحل للبيع اصلا
فلذلك كان قبول العقد فيه شرطا منفسد للعقد في الثمن واما ههنا الذي فيه الخيار محل للبيع فكان داخلا
تحت البيع في حق الانعقاد وان لم يكن داخلا في الحكم فكان نظير من جمع بين قن ومدبر وباعهما
بالف صح البيع في الثمن بحصته من الثمن وان تعلق صحة البيع فيه بقبول البيع في المدبر لان المدبر
داخل تحت البيع ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قبوله شرطا صحيحا كذا هنا *

قوله والثالث ان يفصل ولا يعين اي يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار
بان قال بعث منك هذين العبدين كلوا احد منهما بخمسمائة على اني بالخيار
في احدهما ثلثة ايام وهو فاسد لجهالة المبيع لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم
فبقي الآخر وحده وهو مجهول فصار المبيع مجهولا والرابع ان يعين الذي فيه الخيار
ولا يفصل ثمن كل واحد منهما فقال بعث منك هذين العبدين بالف على اني بالخيار
في هذا بعينه ثلثة ايام وهو فاسد لجهالة الثمن لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم
فبقي الآخر وحده وثمنه مجهول لانه ثبت بطريق الحصة بالتقسيم فصار كالذي لم يدخل
تحت العقد اصلا فان قيل اليس انه لو اشترى عبيدين بالف فاذا احدهما مدبر او مكاتب
فان العقد يعتد صحيحا في الثمن وان كان الانعقاد في حق الثمن بالحصة قلنا قال بعض
مشائخنا على قياس ما ذكره هنا لا يصح العقد في الثمن في تلك المسئلة فصار ما ذكره هنا (رواية)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي ربح وجه الاستحسان ان شرع الخيار للمحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الاوفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع

رواية في تلك المسئلة وبعضهم فرقوا وجهه ان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ويجعل العقد كالمعدوم في حق الحكم فيما شرط فيه الخيار نلوا انعقاد العقد في حق الآخر ينعقد بحصته ابتداء وذا لا يجوز وفي المدبر والمكاتب البيع ينعقد في حق الحكم اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع انعقاد العقد ولهذا الوقضى القاضي بجواز بيعهما يجوز ولكن لم يثبت الحكم صيانة لحقهما والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم فلا ضرورة الى جعل العقد غير منعقد في حق الحكم واذا انعقد العقد في حقهما في حق الحكم كما انعقد في حق الثمن كان انقسام الثمن في حالة البقاء عند فسخ العقد عليهما وذا لا يمنع الجواز كما لو باع عبد بين وهلك احدهما قبل التسليم فان العقد يثنى على الباقي بحصته من الثمن *

قوله والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع كما لو قال بعت منك احد هذين الثوبين ولم يذكر الخيار وكما لو كانت الثياب اربعة وذكر الخيار او لم يذكر فان المبيع احد الثياب وهي متفاوتة في نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوت تمنع صحة العقد الا ترى انه لو لم يسم لكل ثوب ثمنه كان العقد فاسداً لجهالة المبيع وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسداً لجهالة المبيع فكذلك اذا شرط الخيار لان شرط الخيار يزيد في معنى الغرور ولا يزيله وجه الاستحسان ان هذه الجهالة لا تنضي الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وهو بحكم خياره يستبد بالتعيين فالجهالة لا تنضي الى المنازعة فلا تمنع صحة العقد كما لو اشترى قميصاً من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تنضي الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل ثوب لان هناك ثمن ما يتولد له العقد مجهول وانما فسد العقد بجهالة الثمن والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يشتري شيئاً لعياله ولا يعجبه (١)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردى فيها والجهالة لا تقضي الى المازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفافاً لا شرطاً واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده

استصحاب العيال مع نفسه الى السوق والبائع لا يسمح مروتة بالدفع اليه الا ان يمتاعه والذي يعجب عياله من هذا النوع لا يدري ما هو فتمس الحاجة الى البيع على هذا الوجه *

قوله فكان في معنى ما ورد به الشرع وهو شرط الخيار ثلاثة ايام **قوله** والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة اي والرخصة انما تثبت شرعاً بوصفين وهما الحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المازعة فلا تثبت باحدهما **قوله** ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين قال شمس الاثنته السرخسي رح في الجامع الصغير وهو الصحيح وقيل لا يشترط قال فخر الاسلام رح في الجامع الصغير والصحيح عندنا ان البليس بشرط ذكره في الفوائد الظهيرية فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في احدهما حتى لا يرد هما وعلى قول الكرخي رح ان يرد هما لان عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط وقال اكثر المشايخ لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوماً لثلاثة ايام فساد ونها في قول ابي حنيفة رح وزيادة على ذلك في قول انبي يوسف ومحمد رح لان القياس يابى جواز هذا العقد بجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد وانما جاز استحساناً بطريق الاحاق بموضع السبئية وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط في الايام الثلاثة اورد احدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت الايام الثلاثة يبطل خيار الشرط فلا يملك ردهما (و)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى
احدا ثوبين وهو الصحيح لان المبيع في التحقيق احدى هما والاخر امانة والاذل تجوز واستعانة
ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بضمنه وتعين الآخر لالامانة لامتناع الرد بالتعيب

ويبقى له خيار التعيين فيرد احدهما وان مات المشتري في الايام الثلاثة يبطل خيار الشرط
ويبقى خيار التعيين فلا يرد هما الوارث وله ان يرد احدهما وذكر في الذخيرة هذا
اذا حصل البيع بشرط خيار التعيين للمشتري فان حصل البيع بشرط خيار التعيين للبائع
بان قال البائع بعتك احدهما من الثوبين على اني بالخيار اعيين البيع في احدهما
دون الآخر لم يذكر محمد رح هذه المسئلة لافي بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير
وذكر الكرخي رح في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار في الماذون لان هذا
بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد انه
لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف التماس باعتبار الحاجة الى اختيار
ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة
الى اختيار الارفق لان المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى ما يقتضيه القياس *

قوله وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما اي زائدة هل في الثلاثة فان قيل ينبغي
ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند ابي يوسف رح لانه اخذ بالقياس
في قوله ان لم ينفذ الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما قلنا قوله ان لم ينفذ الثمن الى
اربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد في خيار الشرط
وارد فيه واما خيار التعيين من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف
التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا في خيار التعيين **قوله** ولو هلك احدهما
او تعيب لزمه البيع فيه بضمنه وتعين الآخر لالامانة لامتناع الرد بالتعيب فان قيل اذا
طلق احدي امرأته ثم ماتت احدهما فتعينت الباقية للطلاق دون الهالكة وهما يتعين (الها)

كتاب البيوع باب خيار الشرط

ولهذا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما الشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يرد هما جميعا ولو مات من له الخيار فلو ارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث واما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل **قال** ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دارا اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضاء لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيه لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء

انها لك للبيع قلنا قال القسي رح لانرق بين المسئلتين في الحاصل لان في الفصلين ما يهلك يهلك على ملكه اما العبد فلانه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقي للرد وفي الطلاق كذلك تهلك الها لك على ملكه حتى تتعين الباقي للطلاق فكان الطلاق هناك بمنزلة الرد هنا الا ان الصحيح ان بينهما فرقا وهوان العبد لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد لانه عجز عن رد ما اشترى كما اشترى فتعين العقد فيه وتعين الباقي للرد ضرورة واما في الطلاق فان المرأة حين اشرفت على الهلاك لا تبقى محلا لوقوع الطلاق فلو وقع الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يتبع بعد الموت فتعين الباقي للطلاق وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلثة ايام فهلك احدهما عنده فانه لا يرد الباقي لان العقد تناولهما جميعا الا ترى انه يملك اتمام العقد فيهما فبعد ما تعذر عليه رد احدهما لا يتمكن من رد الاخر لما فيه من تفريق الصنقة على البائع قبل اتمام وهما العقد تناول احدهما الا يرى انه لا يملك اتمام العقد فيهما فبعد ما هلك احدهما او تعيب كان له رد الباقي *

قوله ولو هلكا جميعا معا الخ وانما قيد بقوله معالما ذكرنا انهما لو هلكا على التعاقب تعين الاول للبيع فيجب تمام ثمنه وتعين الباقي للامانة فلا يجب من ثمنه شيء واما لو هلكا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما متفقا كما كان الثمن ثم مختلفا لان كل واحد منهما ليس باولى من الآخر بكونه مبيعا وكذا لك لو هلكا على التعاقب (ولا)

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

فتبين ان الجواركان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة *
قال واذا اشترى الرجلان غلاما على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر
ان يردده عند ابي حنيفة رح وقال له ان يردده وعلى هذا الخلاف خيار العيب
وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط
صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة

ولا يدري السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما وان تعيبا معا يرد ايهما شاء *
قوله فتبين ان الجواركان ثابتا فان قيل لو كان هذا بطريق الاستناد لصح الاخذ بالشفعة
للمشتري اذا كان الخيار للبائع فلنا المشتري بشرط الخيار له ولاية اثبات ماله
باجازة البيع ولا يتوقف على فعل غيره ولا كذلك اذا كان الخيار للبائع واعتبره بالاعتاق
فانه ينفذ من المشتري اذا كان الخيار له واذا كان للبائع لا ينفذ اعتاق المشتري
وان اجاز البيع وذكر الامام شمس الائمة السرخسي رح اما وجوب الشفعة للمشتري
فواضح على مذهبهم لانه مالك للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة رح فلانه صار احق
بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كما ذون المستغرق بالدين والمكانب
اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة فيها وان لم يملكادارهما وهذا بخلاف
ما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري هناك لم يصح احق بالتصرف فيها وذكر الامام التمرناشي رح
اشترى دارا لم يرهانم بيعت دار بجنبها فطلب شفعتها لم يبطل خياره وهو المختار من الرواية
بخلاف خيار الشرط لان دليل الرضاء معتبر بصريح الرضاء لو قال رضيت يبطل به خيار الشرط
ولا يبطل خيار الرؤية كذا هنا وكذا يبطل خيار العيب باخذ الشفعة **قوله** وعلى هذا الخلاف
خيار العيب يعني اشترى الرجلان عبدا ورضى احدهما بعيب فيه وكذلك خيار الرؤية بان
اشترى شيئا لم يرهان ثم رأياه فارد احد هما ان يرد ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك (قوله):

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

فلورده احد هما لورده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضاء برد احد هما لتصور اجتماعهما على الرد *

قال ومن باع عبدا على انه خبازا وكاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ماضي به دونته وهذا يرجع الي اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه

قوله فلورده احد هما لورده معيبا به لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب وذلك لان البائع بتقدير الرد لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق التهايو وكان قبل البيع متمكنا من الانتفاع متى شاء فان قيل البائع رضي بالتعيب لم يباعه منهما قلنا انما رضي في ملكهما لاني ملك نفسه ولا يقال ان هذا العيب حدث في يد البائع لان تفرق الملك ثبت بالعقد قبل القبض لانا نقول انه وان حدث في ملك البائع لكن انما حدث بفعل المشتري والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له ان يرده بحكم خياره الا ان هذا العيب بعرض الزوال بان يساعده الآخر على الرد فاذا انعدم ذلك ظهر عمله في المنع من الرد ولا معنى لما قالوا ان في امتناع الرد ضربا على الراد لان هذا ضرر يلحقه بعجزه عن اتحاد شرط الرد لا بتصرف من الغير **قوله** ومن باع عبدا على انه خبازا وكاتب فان قيل مثل هذا الشرط مفسد للبيع كما لو باع شاة على انها حامل او باعها على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد مع انه وصف مرغوب فيه قلنا الفرق بينهما ظاهر لان الحمل في البهائم زيادة وهي زيادة مجهولة لا يدري ان انتاخ بطنها من ربح او ولد وان الولد حي او ميت والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا وكذلك ان شرط انها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدري لعل الشرط باطل يعني ان اشتراط مقدار من المبيع الذي ليس في وسع البائع تحصيله ولا طريق له الى معرفته كان شرطه مفسدا للعقد حتى لو اشترط انها حلوب اوليون ذكر الطحاوي رح ان هذا الشرط لا يفسد به العقد لما ان هذا الشرط وصف (مر).

(كتاب البيوع باب خيار الشرط)

بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذته اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يبقا بلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف *

مرغوب فيه وكذلك قوله على انه خبازا كاتب من قبيل بيان الوصف لا من قبيل بيان الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه ولمعرفة سبيل للبائع كما اذا اشترى فرسا على انه هملاج او كلبا على انه صائد فانه يجوز كذا هملاجا وحاصله ان هذا الوصف ما كان وصفا مرغوبا فيه ولمعرفة سبيل بان يأمره بالخبر والكتابة كان هذا الوصف من بيان وصف المبيع بانه على هذا الوصف الم. غوب لا على وجه الشرط فكان ذكر ذلك الوصف على هذا التقدير لو كان شرطا مما يقتضيه العقد لان العقد يقتضي ان يكون المبيع والثمن معلوما بما له من الاوصاف وذكر الشرط اذا كان مما يقتضيه العقد لا يفسد البيع على ما ياتي تفصيل الشروط التي تفسد العقد والتي لا تفسد في باب البيع الفاسد ان شاء الله تعالى ثم المستحق في هذا العقد بهذا الشرط ادنى ما يطلق عليه اسم الكاتب والخبازان وجده لا يعرف من ذلك مقدار ما يسمى بالفاعل به كاتبا او خبازا كان للمشتري الرد فان امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن لانه فاق عليه شرط مرغوب فيه فيقوم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم ان هو المستحق بالشرط ويقوم غير كاتب او خبازا فينظر الى تفاوت ما بين ذلك ف يرجع بقدره وروى الحسن عن ابي حنيفة ر.ح انه ليس للمشتري ان يرجع على البائع ههنا بشيء لان ثبوت الخيار للمشتري انما كان بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع للمشتري على البائع بشيء ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية اصح واذا اشترى جارية من غير شرط طبع ولا خبز وهي تحسن ذلك فنسيت في يد البائع رد هالان التجارية بالعقد صارت مستحقة على الصفة الموجودة وصار الاستحقاق بحكم الوجود كالاستحقاق بحكم الشرط *

قوله بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات مثل الفرس والبقر والغنم بخلاف الانوثة والذكورة في بني آدم فانها تورث فيهم اختلاف الجنس لفحش التفاوت (باب)

(كتاب البيوع باب خيار الروية)

* باب خيار الروية *

ومن اشترى شيئاً لم يره فابيع جائز وله الخيار اذا رآه لمن شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلاً لان المبيع مجهول ولنا قوله م من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الروية لا تقضي الى المنازعة لانه لو لم يوافق يره فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه وكذا اذا قل رضيت ثم رآه ان يره لان الخيار معلق بالروية لما روينا فلا يثبت قبلها

* باب خيار الروية *

قوله ومن اشترى شيئاً لم يره فابيع جائز اذا اشترى الرجل زيتاً في زق او برافى جواب لق اودرة في حقه او ثوباً في كم واتفقا على انه موجود في ملكه ولم ير المشتري شيئاً من ذلك صح البيع عندنا وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده قال الشافعي رح لا يصح العقد لانه اشترى شيئاً مجهولاً فصار كما لو باع عبداً من عبدة وهذا لان المقصود من شري العين ماليتها ولهذا لا يرد على ما ليس بمال والمالية في الاوصاف ولهذا تزداد وتنقص بها وهي مجهولة لانها تعرف بالروية فصارت كجهالة العين وهي مفسدة فكذا جهالة الوصف ولنا العمومات المجوزة بلا قيد الروية فلا تزدقيد الروية عليها لانها كالنسخ وفي المشاهير انه عليه السلام قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه حقق الشراء وبني عليه حكماً وهو الخيار ولان المبيع معلوم العين مقدور التسليم فصح بيعه كما لم يري وهذا لان الخلاف في امته فائتمين ايديهما منتقبة ولا شك ان عينها معلوم بالاشارة اليها لانها ابلغ اسباب التعريف وكذا اذا اشار الى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها امته ومملوكه فانا نعرف باخبار البائع ايادها لانها وان رفعت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البائع وقد اخبر به وانما بقي بعدم رؤية وجهها الجهل ببعض صفات الوجه وهو أولى من فوات بعض الاوصاف كالسمع والبصر وغيرهما ولا يمنع الجواز وان كان يمنع لزوم العقد فكذا هذا **قوله** فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه بان اشترى ثوباً ولم يعلم عدد ذراعانه (و)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضاء بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت *
قال ومن باع مالم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء

وخيار الرؤية انما يثبت في كل عقد ينفسخ بالرد كالاجارة والصلح عن دعوى مال والقسمة والشراء وما اشبه ذلك من العقود التي تنفسخ برده ولا يثبت خيار الرؤية في كل عقد لا ينفسخ برده كالمهر وبذل الخلع وبذل الصلح عن القصاص وما اشبه ذلك من العقود التي يكون المرزونه مضمونا بنفسه لا بما يقابلها لان الرد في هذه المواضع لا يفيد لانه بالرد لا يرتفع العقد وقيام العقد بموجب مطالبة العين فاذا قبضه يرده ايضا فيؤدي الى ما لا يتناهي *

قوله وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم جواب سوال بان يقال لولم يكن له خيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية وله ان ينفسخ العقد قبلها فقال حق الفسخ قبلها لعدم لزوم العقد لا بمقتضى الحديث وهذا لان صحة الفسخ تعتمد عدم لزوم العقد والعقد هنا قبل الرؤية غير لازم لتمكن الخلل في الرضاء اذ هو عبارة عن الاستحسان واستحسان الشيء مع الجهل باوصافه لا يتحقق واللزوم يعتمد تمام الرضاء وتما مه بالعلم باوصافه هي مقصودة وانما تصير معلومة بالرؤية فلذا لا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ولانه لولزم العقد بالرضاء قبل الرؤية للزم امتناع الخيار بتقدير الرؤية والخيار ثابت بتقديرها بالحديث فما ادى الى ابطاله يكون باطلا وهذا لانه يحوج بوجدرؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار وقد اثبت الشرع الخيار عند رؤيته بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان بالفسخ يخرج العين عن ان تكون معقودا عليها فلا يوجد بعده رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار والرضاء بالعيب قبل رؤيته انما يصح لان سببه هو العيب وكون المبيع معينا سابق على الرضاء فاعتبر بوجود سبب الخيار هو العيب وهنا السبب الرؤية فلا يثبت الخيار قبلها **قوله** اعتبارا لخيار العيب بان وجد البائع الثمن (زيفا)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

زوال وثبوت ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروى ان عثمان بن عفان رضى باع ارضاله بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضى فقيل لطلحة انك قد غبت فقال لي الخيار لاني اشتريت ماله وقيل لعثمان رضى انك قد غبت فقال لي الخيار لاني بعت ماله فحكمنا بينهما جبير بن مطعم رضى فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحض من الصحابة رضى * ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله * وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية

زيفا كان له الخيار ان شاء يجوز وان شاء يرد ولا يفسخ العقد الا في المقايضة *
قوله زوالا اي في جانب البائع وثبوتا اي في جانب المشتري حتى لا يزول ملك البائع الا برضاه ولا يثبت الملك للمشتري الا برضاه **قوله** ولا يتحقق ذلك اي تمام الرضا **قوله** انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه لان الخيار ان ثبت للبائع فلما ان ثبت بمارونا او بدلائله او بحديث آخر لا يجوز الاول لانه معلق بالشراء فكيف يثبت في البيع ولم يرو حديث آخر في البيع وهو ليس في معنى الشراء ليثبت الحكم فيه دلالة ولان المشتري ظنه خيرا بما اشترى فردة بغوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رده لرد به باعتبار ان المبيع ازيد مما ظنه فصاير كما لو باع عبد اعلى انه معيب فذاهو سليم فانه لا يثبت للبائع خيار **قوله** وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية والاصل فيما يبطل خيار الشرط ان كل فعل باشر المشتري في المشتري بشرط الخيار وهو فعل يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك بحال فلا اشتغال به اول مرة لا يكون دليل الاختيار حتى لا يسقط خياره وكل فعل لا يحتاج اليه للامتحان او يحتاج اليه للامتحان الا انه لا يحل في غير الملك بحال فانه يكون دليل الاختيار وذلك لانه متى فعل فعلا يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك وجعل دليل الاختيار وسقط خياره اول مرة لا يفيد الخيار فائده لان فائدة شرط الخيار امكن الرد فلو لم يرد البيع بفعل الامتحان اول مرة يفوت فائدة الخيار اذا ثبت هذا فنقول اذا اشترى (جارية)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لم يتعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضاء ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء *

جارية على انه بالخيار فاستخدمها مرة لا يبطل خياره لان الاستخدام يحتاج اليه للامتحان وانه يحل بدون الملك في الجملة فلم يكن الاشتغال به دليلا لا اختيار فيبقى على خياره بخلاف مالو وطئها حيث يبطل خياره وان كان الوطئ محتاجا اليه للامتحان لانها تشتري للوطئ ولا يعلم كونها صالحة للوطئ بالنظر اليها وانما كان كذلك لان الوطئ تصرف لا يحل بدون الملك بحال فكان الاقدام عليه اختيارا للملك حتى لا يقع وطئه في غير الملك ولا كذلك الاستخدام فانه يحل في غير الملك وان استخدمها مرة اخرى فان كان في النوع الذي استخدمها في المرة الاولى كان اختيارا للملك لان الكرة الاخرى في ذلك النوع غير محتاج اليه للامتحان والعرض على البيع والتقييل واللمس عن شهوة ولبس الثوب مرة اخرى وركوب الدابة مرة اخرى كل ذلك يسقط الخيار لما انه غير محتاج اليه للامتحان ولا فخل في غير الملك *

قوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه الى ان قال يبطله قبل الرؤية وبعدها فان قيل لو بطل خياره قبل الرؤية يكون مخالفا لحكم النص لان النص اثبت الخيار اذا رآه بقوله فله الخيار اذا رآه قلنا ذاك فيما امكن العمل بحكم النص واما هذه الافةيل فمبنية على الملك والمالك ثابت فصحت هذه التصرفات بناء على قيام الملك وبعدها صحتها لا يمكن رفعها فسقط الخيار ضرورة وكذلك لو علق المشتري الذي له خيار الرؤية بالمبيع حقا للغير بان اجرا رهنا او باع بشرط الخيار للمشتري لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ فيبطل الخيار ضرورة حتى لو افترق المهرهون او مضت مدة الاجارة اورده (١)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطوياً او الى وجه الجارية او الى وجه اداية وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذرة فيكتفى بروؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى بروؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب فلا بد من رؤية كل واحد منها

المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد بحكم خيار الرؤية وان كان تصرفاً لم يتعلق به حق الغير بان باع بشرط الخيار لنفسه او هب ولم يسلم او عرض على البيع لا يبطل خياره فان كانت هذه التصرفات فيه قبل الرؤية لا يبطل خياره لان الخيار لا يبطل قبل الرؤية بصريح الرضا فبدل الله الحق وان كان ذلك بعد الرؤية يبطل خياره لان بعد هيا سقط خياره بصريح الرضا فيستطبد لالتدائس ولو اشترى ارضا واهلها اكار فزرعها الاكار برضا المشتري بان تركها عليه الى الحالة المتقدمة ثم رآها فليس له ان يردّها لان فعل الاكار كعمل المشتري *

قوله او الى وجه الجارية ذكر الجارية وقع اتفاقاً لان الحكم في الغلام كذلك ذكر في الايضاح والمعتبر في العبد والامة النظر الى الوجه والنظر الى غيره من الجسد لا يبطل الخيار لان العلم به وبصفاته يتحقق بروؤية الوجه وفي الذخيرة اذا اشترى جارية او عبداً ورأى وجهه ورضي به لا يكون له الخيار بعد ذلك **قوله** لتعذره اما في العبد والامة فظاهر لان في رؤيته جميع بدنهما رؤية مواضع عورتهم ففي العبد لا يجوز اصلاً سواء قسح العقد او لم يفهم اما في الامة فانه لو قسح البيع بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان نظره الى عورتها واقعاً في غير ملكه لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصارك العقد لم يوجد فكان نظره وقع جراً ما في اصله واما في الثوب المطوي فيتضرر البائع بانكسار ثوبه بالنشروا الطي على تقدير اشتراط رؤية جميع اجزائه وفي الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل حبة من حبات الحنطة **قوله** وعلامته اي علامة الشيء الذي لا يتفاوت آحاده النموذج بالفتح والانموذج (با)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رح وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول انظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو الكفل في الدواب فيعتبر رؤيته المقصود ولا يعتبر رؤية غيرهما وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعروف للمقصود **قال** وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار ورأى اشجار البستان من خارج وعند زفر رح لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم من الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل *

بالضم تعريب نمونه كذا في المغرب وذكر في الذخيرة والمكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة يكتفى فيه برؤية البعض اذا كان في وعاء واحد بخلاف اذا كان في وعائين فرأى ما في احد الوعائين اختلف المشائخ فيه قال مشائخ العراق اذا رضى بما رأى يبطل خياره في الكل اذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأى او فوفه اما اذا وجده دونه فهو على خياره ولكن اذا اراد الرد يرد الكل وهو الصحيح *

قوله والجوز والبيض من هذا القبيل اي من القبيل الذي يتفاوت آحاده لانه يختلف بالصغر والكبر فلا يكون رؤيته البعض دليلا على الباقي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لتقارب آحاده * قنوت المال جمعه قنوا وقنوة واقنيته اتخذته لنفسه قنية اي اصل مال للنسل لا للتجارة كذا في المغرب **قوله** فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار وفي المحيط والذخيرة وبعض مشائخنا قالوا في الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود (حتى)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرد له الامن عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند ابي حنيفة رح وقالهما سواء وله ان يرد له قليل رضى معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار خيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه

حتى انه اذا كان في الدارين بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيتا طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلوم متصودا كما في سمرقند وبعضهم شرطوا رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه *

قوله ونظر الوكيل كنظر المشتري وفي الفوائد الظهيرية وصورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلاني في قبض المبيع وصورة الرسول ان يقول كن رسولا مني او يقول امرتك بقبضه **قوله** وله ان القبض نوعان تام بحيث لا يرد عليه النقص وهو ان يقبضه وهو يراه وهو يستط الخيار لدلالته على الرضا وناقص بحيث يرد عليه النقص وهو ان يقبضه مستورا وهو لا يستط الخيار لعدم الرضا وهذا لان تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لان تمامها يكون بتمام الرضا ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملك نوعي القبض فكذا الوكيل لانه ملكه الموكل ما يملكه ولكن على البدل لا على الشمول لان اللفظ مطلق لا عام فاذا قبضه وهو ينظر اليه بطل الخيار فيقتضي اتمام القبض كما لو قبضه الموكل وهو ينظر اليه واذا قبضه مستورا فقد اختار الناقص فانتهدت الوكالة بالناقص وتعين ذلك للوكيل فلا يملك اسقاطه قصدا بعده لصيرورته اجنبيا عنه بخلاف خيار العيب فانه لا يبطل بقبض الوكيل في الصحيح لانه (لا يمنع)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختبار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملك وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئاً وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع *

قال وبيع الاعمي وشراه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره وقد قررنا من قبل * ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير * ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رح اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز *

لا يمنع تمام الصفقة فتم القبض مع بقاءه وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار وقد عدم * **قوله** وخيار الشرط على الخلاف ذكر القدوري انه لو اشترى شيئاً على انه بالخيار فوكل وكيلاً بالقبض فقبضه بعد ما رآه فهو على الخلاف ولئن سلم وهو الاصح فالوكيل قائم مقام الموكل والموكل لو قبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل خيار الشرط فكذا من يقوم مقامه اذا قبضه وهو يراه وهذا لان الخيار شرع للاختبار وذا بالتروي والتأمل فيه بعد القبض حتى اذا استحسنته اخذته وان استحيته تركه وهذا يفوت بطلان الخيار بتقدير القبض وبخلاف الرسول فان الرسول ليس اليه الاتبليغ الرسالي وصار معياراً للمرسل فكان الى المرسل اتمامه فاما الوكيل هو الذي فوض اليه التصرف ليعمل برأيه ولهذا يجوز سلب اسم الوكيل عن الرسول **قال** الله تعالى قل لست عليكم بوكيل **قوله** لهذا لا يملك القبض اي قبض الثمن . **قوله** وبيع الاعمي وشراؤه جائز وقال الشافعي رحمه الله لا يصح شراؤه لانه لا يجوز شراء مالم يره وقيل ان كان بصيرا قعمي فهو كالصير عند الشافعي رحمه الله وان كان اكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه اصلاً لانه لا يعرف لون الاشياء وصفتها **قوله** كما في السلم اي (اذا)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

كتحريك الشفتين مقام القراءة في حق الآخرس في الصلوة واجراء الموسيقى مقام
الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال النخسن رح يوكل وكلا يقبضه وهو يراه
وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفا *
قال ومن رأى احد الثوبين فاشترى اهما ثم رأى الآخر جاز له ان يرد هما
لان رؤية احد هما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما
لم يره ثم لا يرد واحدة بل يرد هما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام

اذا رأى رب السلم المسلم فيه لا يكون له خيار الرؤية فيكون الوصف في المسلم فيه قائما
مقام الرؤية حكما حتى لا يبقى الخيار بعد حقيقة الرؤية فكذا بعد القائم مقامه ولما كان
الوصف كالرؤية في حق البصير فلان يكون في حق الاعمي كذلك اولى *

قوله كتحريك الشفتين مقام القراءة وعبرة الفوائد الظهيرة يدل على اللزوم
حيث قال لان المصير الى التشبه عند اضرار الحقيقة واجب كالمحرم اذا اراد التحلل
وقد فرع رأسه يلزم اجراء الموسيقى عليه تشبها بالمحلقين وكذا الاخرس يلزمه
تحريك الشفتين عند القراءة **قوله** كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وتفريق الصفقة حرام
لما جاء في الحديث ان النبي عليه السلام نهى عن تفريق الصفقة فان قيل ينبغي ان يكون
في هذه الصورة ولاية ردا حد الثوبين الذي لم يره لقوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره
فله الخيار اذا رآه قلنا العمل بموجب قوله عليه السلام نهى عن تفريق الصفقة اولى
من حديث خيار الرؤية لوجوه احدها ان موجب قوله نهى عن تفريق الصفقة محكم في
افادة التحريم اي موجه ثابت في جميع الصور وموجب قوله عليه السلام من اشترى شيئا
لم يره غير ثابت في جميع الصور الا يرى انه لا يملك الرضا اذا تعيب واعتق احد العبدین اودبه
فكان النهي عن تفريق الصفقة راجعا ولان قوله نهى محرم والمحرر راجع على المبيع
اولان قوله نهى عن تفريق الصفقة متأخر عن المبيع والا يلزم تكرار النسخ لما عرف (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

وهذا لان الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل * ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط * ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم بالاوصاف حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته ثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرثيه لعدم الرضاء به * وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلومة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله * **قال** ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او هبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب

قوله وهذا لان الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده يريد به اذا قبضه مستورا اما اذا قبضه وهو يراه يبطل خياره وتتم الصفة **قوله** الا اذا كان لا يعلمه مرثيه اي لا يعلم انه هو الذي رآه **قوله** وسبب اللزوم ظاهر وهو الشراء بعد الرؤية **قوله** على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله ارأيت لو كان جارية شابة رآها فاشترىها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير اكان يصدق على ذلك وبه كان يفتي الصدر الشهيد حسام الدين والشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني رح **قوله** بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول للبائع **قوله** ومن اشترى عدل زطي الزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية كذا في المغرب وقيل جيل من الناس بسواد العراق ولفظ الجامع الصغير ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا وانما قيد بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضا لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع او هبة ولانه لو كان قبل القبض فالخيارات الثلث من خيار الشرط والرؤية والعيب سواء في عدم جواز رد شيء منها فلا يصح ح قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فليس له ان يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار الرؤية)

وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعنه عن ابي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

قوله وكذلك خيار الشرط اي ليس له ان يرد شيئا منها بخيار الشرط اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع منه ثوبا وذهب وحاصله ما ذكره الامام قاضي خان رح في الجامع الصغير وهذا جنس مسائل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق وكل ذلك على وجوه ثلاثة اما ان كان المشتري قبض المبيع او قبض بعضه او لم يقبض شيئا ففي خيار الرؤية والشرط لا يرد البعض بحال ما لانه تفريق الصفقة قبل التمام وفي خيار العيب ان كان قبل القبض فكذلك لان الصفقة لا تتم قبل القبض لان تمام الصفقة انما يحصل بانتهاء الاحكام والمقصود وذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت ملك اليد وان كان قبض بعضه فكذلك لان بتسليم البعض لا يتناهي حكم العقد وان قبض الكل فوجد ببعضه شيئا ان كان المبيع شيئا واحدا كالثوب والدار والعبد يرد الكل او يمسك وان كان المبيع شيئين كالثوبين والعبدتين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المبيع خاصة لان العيب وجد باحدهما وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لانه رضي بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر فكانت الصفقة تامة ولهذا لا يملك الرد بحكم العيب بعد القبض الا برضاء او قضاء وفي خيار الشرط والرؤية يتقرر بالرد وفي فصل الاستحقاق ان استحق بعض المبيع قبل القبض او بعد ما قبض بعض المبيع كان له ان يرد غير المستحق لان باستحقاق البعض يتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام وان كان قبض الكل ثم استحق بعضه فان كان المبيع عبدا واحدا او ثوبا واحدا واستحق بعضه كان له ان يرد الباقي وان كان عبيدين فاستحق احدهما لا يرد الباقي **قوله** وفيه وضع المسئلة اي في المقبوض على ما ذكرناه **قوله** فلو عاد اليه بسبب هو فسخ بان يرد المشتري الثاني بالعيب بقضاء القاضي وعنه عن ابي يوسف انه لا يعود خيار الرؤية بعد سقوطه وفي فتاوى قاضي خان وهو الصحيح (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

* باب خيار العيب *

إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار أن شاء أخذه بجميع الثمن وأن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولا ندلم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون ضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يدره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به * **قال** وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن الضرر بنقصان المالة وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله

* باب خيار العيب *

قوله لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة لأن الغالب في الأشياء هو السلامة خيقع العقد على ذلك الوصف لأن كل واحد من العاقدين صاحب عقل وتميز قيا بين أن يغبن أو يغبن وروي أن النبي عليه السلام اشترى عبدا من العداء بن خالد وكتب في صكه هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد أغائلة ولا خبثة وهذا تنصيص على أن العقد يقتضي السلامة في المبيع عن العيب والغائلة ما يكون من قبيل الإفعال كالأباق والسرقة والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون **قوله** لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لأن الثمن عين فيكون مقابلا بالعين دون الوصف لأنه عرض غير متقوم فأنى يقابله عين متقوم ولأن الثمن لا يخلو أما أن يقابل بالوصف والأصل وفيه تسوية بين التبع والأصل أو بالوصف فقط وفيه ترجيح التبع على الأصل أو بالأصل دون الوصف وهو المرام **قوله** في مجرد العقد احترزه عما إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو قطع البائع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط به نصف الثمن لأنه صار مقصودا بالتناول أو حكما بأن يمتنع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري أو لحق الشرع بالجناية ولأنه لو أمسكه وأخذ النقصان (لتضرر)

كتاب البيوع باب خيار العيب

والأباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب

لتضرره البائع لانه ما رضي بزوال المبيع عن ملكه الا بكل الثمن ولو امسكه ولا يأخذ
التقصان لتضرره المشتري وبالرد يندفع الضرر عنه بلا تضرر البائع فصرنا اليه فان قيل
يشكل هذا بما اذا باع معيبا فاذا هو سليم فلا خيار للبائع وان كان البائع يتضرر بثمن المعيب
في السليم لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب فعلى ذلك ينبغي ان لا يثبت الخيار
للمشتري وهنا اذا ظهر السليم معيبا وان كان يتضرره المشتري او يثبت الخيار هناك
للبائع ايضا كما يثبت للمشتري وهنا قلنا المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمان
فانزل ما لما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه فاما المشتري فانه ما رأى المبيع
اصلا فلو قلنا بلزوم العقد مع العيب يتضرر المشتري من غير علم حصل به فيثبت له الخيار
قوله والأباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير وفي الايضاح والسرقة والبول
في الفراش في حالة الصغير قبل ان يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل
ما يفعل وبعد ذلك هو عيب مادام صغيرا وكذا الأباق وبعض مشائخنا قالوا البول
في حالة الصغير انما يكون عيبا اذا كان ابن خمس فما فوقه واما اذا كان ابن سنة وستين
فليس ذلك بعيب ولا سرقة وان كانت اقل من عشرة دراهم عيب لان السرقة انما
كانت عيبا لان الانسان لا يأمن من السارق على مال نفسه وفي حق هذا المعنى العشرة
ومادونها سواء وقيل ومادون الدرهم نحو فلس او فلسين او ما شبه ذلك لا يكون عيبا
والعيب في السرقة لا يختلف بين ان يكون من المولى او من غيره الا في المأكولات فان
سرق ما يؤكل لاجل الاكل من المولى لا يعد عيبا ومن غير المولى يعد عيبا وسرقة
ما يؤكل لاجل الاكل بل للبيع عيب من المولى وغيره واذ نقب البيت ولم يختلس
فهو عيب والأباق ومادون السفر عيب بلا خلاف بين المشائخ وتكلموا في انه هل يشترط
الخروج من البلد وهذا لان الأباق انما كان عيبا لانه يوجب فوات المنافع على المولى (و)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

حتى يعاودة بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرد له لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرد له لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر ضعف الملائنة وبعد الكبر لداء في باطنه والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعتل فاما الذي لا يعتل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا

وفي حق هذا المعنى السفر ومادونه سواء وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رح رجل اشترى امه وابقت عنده ثم وجدها واستخدمها سنة فعيب الاباق لازم لها وكذلك لو ابقت من رجل كانت عنده باجارة او عارية او ودیعة ولو ابقت من الغاصب الى مولاها فهذا ليس بابق وان ابقت فلم ترجع الى الغاصب ولا الى المولى وهي تعرف منزل مولاها وتقوى على الرجوع اليه فهذا عيب وان كانت لا تعرف منزل مولاها ولا تقوى على الرجوع فهو ليس بعيب وفي الفوائد الظهيرية وهنما مسئلة عجيبه وهي ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له ان يرد وان لم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فلورجع بنقصان العيب ثم كبر العبد هل للبائع ان يسترد ما اعطى من النقصان لزوال العيب بالبلوغ لا رواية لهذه المسئلة في الكتب ثم قال رضه كان والدي رح يقول ينبغي ان يسترده استدلالا بمسئلتين احدهما ان الرجل اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ان يرد ها فان تعيبت عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع بالنقصان ثم ابانها زوجها كان للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له ان يرد له فان تعيب عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برأ من مرضه هل للبائع ان يسترد النقصان قالوا ان كان البرء من المداواة لم يكن له ان يسترده والا فله ذلك والبلوغ ههنا بالمداواة فكان له ان يسترده *

قوله حتى يعاودة بعد البلوغ في يد البائع ثم يبيعه فيعاودة في يد المشتري فمح يكون عيبا (و)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

قال والجنون في الصغر عيب ابد او معناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر برة لانه عين الاول اذا السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه ان لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد **قال** والبخر والدفع عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به * وليس بعيب في الغلام لان المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة * **قال** والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبتته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكثرات فتختل الرغبة

وحاصل الكلام ان هذه الاشياء لو كانت قديمة به حالة الصغر ثم عاوده في يد المشتري في حاله الصغر كان له الرد وكذلك لو كانت في يد البائع بعد البلوغ ثم عاودت في يد المشتري لانه عين ما كان في يد البائع ولو حدث ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لا يكون له الرد لان غير ما كان في يد البائع * **قوله** والجنون في الصغر عيب ابد اي سواء عاوده في يد المشتري وهو صغير او بالغ وفي الذخيرة واختلف المشايخ في فصل الجنون ان معاودة الجنون في يد المشتري هل هو شرط للرد بعضهم قالوا انها ليست بشرط بل اذا ثبت وجودة عند البائع يرد له واليه مال شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام رحمهما الله وهو رواية المنتقى وبعض مشايخنا قالوا المعاودة في يد المشتري شرط وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير وتكلم المشايخ في مقدار ما يكون عيبا من الجنون قال بعضهم الجنون وان كان ساعة فهو عيب وقال بعضهم ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب واما يوم وليلة فمادونه فليس بعيب وقال بعضهم المطبق عيب وغير المطبق ليس بعيب والبخر فتن رائحة الفم والدفر رائحة مؤذيته هي من الابط كافي المبسوط (و)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد له لانه زوال العيب *

قال فلو كانت الجارية بالغت لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول الامة فتد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح *

قال واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعوده عيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه

وذكر في المغرب الدفر مصدر رد فرا اذا خبث رائحته وبالسكون النتن واما الذفر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير وهو حدة الرائحة اي تما كانت ومنه مسك اذ فروابطه فراء وهو مراد الفقهاء في قولهم والبحر والدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية *

قوله ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرد له وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله له ان يرد له لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد ان يستخدمه في المحقرات من الامور ولا يستجيز من نفسه ان يستخدم المسلم في مثله فاذا فات عليه مقصوده تمكن من رده واصحابنا قالوا الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبرء من العيب فكانه اشتراه على انه معيب فاذا هو سليم * **قوله** فتد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح وعن محمد رحمه الله ترد قبل القبض بلا يمين البائع لان البيع قبل القبض ضعيف جنى يملك المشتري الرد بالعيب قبل القبض بلا قضاء ولا رضاء وصح فسخ العقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا قول للامة في ذلك واعلم ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ادعى الانقطاع في مدة قصيرة لا يسمع دعواه وان ادعى الانقطاع في مدة مديدة يسمع دعواه والمديدة مقدرة بثلاثة اشهر عند ابي يوسف رحمه الله واربعة اشهر وعشر عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذ به بعيبه لانه رضى بالضرر *
قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد القطع فانه عيب حادث
فان قال البائع انا قبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع بحقه وقد رضى به فان باعه المشتري
لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان *
فان قطع الثوب وخالطه وصبغه احمر اولت السوق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع
الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها

وزفر رحمهما الله بسنتين فاذا عرفت المديدة فمادونها قصيرة ثم بعد ذلك ان كان
القاضي مجتهدا يقضي بما ادى اليه اجتهاده والا يأخذ بالمتيقن وهو ستان فاذا ادعى
الانقطاع في مدة كثيرة لا يسمع دعواه ما لم يدع ان ارتفاع الحيض بسبب الداء
او الحمل فاذا ادعى ذلك فمح يسأل البائع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها
على البائع باتراره وان قال هي كذلك للحال ولكن ما كانت منقطعة الحيض عندي
وانما حدث هذا العيب عند المشتري توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيام
العيب للحال فان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع على ذلك كما يحلف في سائر
العيوب فان حلف برئى وامن نكل ترد عليه لان نكوله كاتراره فان شهد للمشتري شهود على
انقطاع الحيض عند البائع لم تقبل شهادتهم بخلاف ما لو شهدوا على كونها مستحاضة لان
الاستحاضة درود الدم فيطلع عليها ما انتقطاع الحيض على وجه يعد عيبا فلا يقف عليه الشهود
فقد تيقن القاضي بكذبهم فلا تقبل شهادتهم وان انكر البائع انقطاع حيضها في الحال
لا يستحلف على ذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يستحلف لما يجيء ان شاء الله تعالى *

قوله فتعين الرجوع بالنقصان لان الجزء الغائب صار مستحقا للمشتري بالعقد وقد تعذر
تسليمه اليه فيرد حصته من الثمن ولا يقال الغائب وصف فلا يقبله شيء من الثمن لانه صار مقصودا
بالمنع فيكون له حصته من الثمن وطريق معرفته ان يقوم وبه عيب ويقوم ولا عيب به (فان)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا * وليس للبائع ان يأخذ لان الامتناع احق الشرع للاحقه *

فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن وقال مالك رحمه الله يردده ويرد معه نقصان العيب الحادث في يده لان رد المبدل عند تعذر رد العين كرد المبدل فصار اذا كل المبيع فرجع بكل الثمن فان قيل ان اشترى بعيرا فحمره فلما شق بطنه وجد امعاء فاسدة لا يرجع بنقصان العيب عندا بيحيفة رح وهنا قال يرجع بالنقصان قلنا الفرق بينهما ان النحر افساد للمالية لانه صار بالنحر عرضة للثمن والفساد ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقة فيختل معنى قيام المبيع في فصل النحر دون القطع *

قوله لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا لان العقد لم يرد على الزيادة فلا يرد عليها الفسخ ضرورة اذ فسخ العقد رفعه فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد فان قيل يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية قلنا لان فسخ العقد ثم في الزيادة ممكن لان الزيادة قبيع مخض باعتبار التولد والتفرع والاتصال والحاصل ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب لما مر ومتصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة واللت وهي تمنع الرد بالعيب اتفاقا والمنفصلة نوعان متولدة كالولد والثمر وهي تمنع الرد بالعيب لانه لا سبيل الى فسخه مقصود لان العقد لم يرد على الزيادة ولا سبيل الى فسخه تبعا لانقطاع التبعية بالانفصال وغير متولدة من المبيع كالكسب وهي لا تمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق ان الكسب ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع وهي غير الاعيان والولد تولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا لانه يبقى في يده بلا عوض في عقدا معاوضة والربوا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله **قوله** وليس للبائع ان يأخذ لان امتناع الرد لحق الشرع للزيادة الحادثة وهي في معنى الربوا وحرمة الربوا حق الشرع (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع ومن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا للولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبير ايرجع لان التملك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم اليه *

قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع

قوله فان باعه المشتري اي باع المشتري الثوب المخيط او المصبوغ او السويق الملتوت بسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان ايضا لان الرد كان ممتنعا قبل البيع للزيادة النجاسة في الثوب من ملك المشتري فلم يكن المشتري حابسا للمبيع والاصل ان في كل موضع لو كان المبيع قائما طئي ملكه يمكنه رده برضا البائع فاذا باعه لا يرجع بنقصان العيب لامتناع الرد بفعله لانه بالبيع صار ممسكا للمبيع معنى لقيام المشتري مقامه في امساك المبيع فصار حبس المشتري المبيع كحبسه فكان المبيع في يده وهو يريد ان يرجع بنقصان الغيب ونمته ليس له ذلك كذا ههنا وفي كل موضع لو كان المبيع في يده على ملكه لا يمكنه رده وان رضي البائع به فاذا اخرجته عن ملكه يرجع بنقصان العيب لان الرد كان ممتنعا قبل بيعه فلم يصير المشتري ممسكا للمبيع ببيعه فبقي ارش العيب بحاله

قوله وعن هذا قلنا اي عن هذا الاصل المذكور قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا للولده الصغير فخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار واهبا للصغير مسلما اليه قبل الخياطة فلم يمتنع الرد قبل الهبة فكان حابسا للمبيع فلا يرجع ولو كان الولد كبير ايرجع بنقصان العيب لانه لم يصير مسلما الا بعد الخياطة فكان الرد ممتنعا قبل الهبة فلم يصير حابسا فارجع **قوله** اما الموت فلان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحيوة باعتبارها فينتهي بانتهائها اذ المالية بعد الموت (لا)

(كتاب اليبوع باب خيار العيب)

لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصا وكاملوت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لان تعذر النقل مع بقاء المحل بالا امر الحكمي * وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل وعن ابى حنيفة رح انه يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض * فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابى حنيفة رح اما القتل فالمدكور ظاهر الرواية وعن ابى يوسف رح انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيا وي فصار كاملوت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان فهنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به موصيا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا بحالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعندة لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذ البس الثوب حتى تحرق لهما ان تصنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق ولانه تعذر الرد بفعل مضمون متدفى المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا يرى ان البيع مما يقصد بالمشراء ثم هو يمنع الرجوع

لا تحقق والملك في الآدمي باعتبار المالية وانتهت المالية بانتها الخيرة فانتهى الملك * **قوله** لان العتق اي الاعتاق انهاء الملك اي انتمام لدان الملك في الآدمي ثبت على خلاف الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه ولهذا يثبت الولاء بالعتق والولاء اثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد كاعتق لانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة او حكما فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عند المشتري **قوله** فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله النخ والاعسل ان امتناع الرد ان كان بفعل مضمون من المشتري لا يرجع بشيء لانه متدفى كان (مضمونا)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشيء واحد فنصار كبيع البعض وعنهما أن يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعض

مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان أن لا يكون ممسكا إياه وإذا امتنع الرد لا بفعل منه بأن هلك أو بفعل غير مضمون منه يرجع لأنه لا يتصور أن يكون ممسكاً ثم القتل فعل مضمون إذا لو مباشرة في ملك الغير يضمن وإنما استفاد البراءة عن الضمان هنا لملكه فيه فيجعل سقوط الضمان عنه بسبب الملك وقد زال عنه الملك بالقتل اعتياضا عن الملك ولهذا ياتم ويجب عليه الكفارة أن كان خطأ ويضمن أن كان مديونا وإنما لم يضمن إذا لم يكن مديونا لعدم الفائدة لاستحالة الوجوب له عليه فصار الضمان كالمسالم له معنى بهذا الاعتبار بخلاف الاعتاق لأنه لا يوجب الضمان عليه مطلقا لو فعله في ملك غيره لعدم النفاذ فيه ومن أحدا الشريكين وأن نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقا لأنه إذا كان معسر لم يضمن وهذا لأن الاعتاق تطرف شرعي واعتباره بشرط وهو الملك بخلاف القتل لأنه حسي يتصور في الملك وغيره وهو لم يستند بالاعتاق عوضا حقيقة وحكما فلا يكون حابسا للمبيع فيرجع بالنقصان ويؤيد ما ذكرنا أن العتق ليس بمضمون مسئلة ذكرها في شرح الطحاوي رحمه الله أي أن المشتري العبد لو وكل وكيله بقبضه قبل نقدا لثمن فقبضه الوكيل بغير إذن البائع فمات في يده كان للبائع أن يضمن الوكيل القيمة ويحبسها بالثمن ولو كان وكيله بالاعتاق فاعتقه الوكيل جاز عتقه ويصير قابضا وليس للبائع أن يضمن الوكيل القيمة وله أن يطالب المشتري بالثمن فثبت أن العتق غير مضمون وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله الأكل واللبس فعل مضمون عليه وإنما استفاد البراءة باعتبار ملكه في المحل وذلك بمنزلة عوض يحصل له فإن قيل هذا يشكل بالقطع والخياطة فانهما فعلا مضمونان ومع ذلك يرجع بالنقصان قلنا إنما يرجع لامتناع الرد بحكم شرعي ولا كذلك ههنا فإن الرد امتنع بفعل مضمون *

قوله وإن أكل بعض الطعام إلى قوله فنصار كبيع البعض إذا باع بعضه ثم وجد به عيبا (لا)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

قال ومن اشترى نيسا وبطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكأن البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشرة على ما قيل لان مالينه باعتبار اللب * وان كان ينتفع به مع فساد لم يرد لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رجع يرد لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لاني ملكه نصار كما اذا كان ثوبا فقطعه * ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره نصار كالجمع بين الحر والعبد *

لا يرجع بالنقصان لاني المزال ولا في الباقي عندنا لان امتناع الرد في الباقي بفعله حيث باع بعضه وعند زفر رجع بنقصان الباقي اعتبارا للبعض بالكل وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فعندنا يحنف رجع لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما اكل وما بقي لان الطعام في الحكم كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض كما لو باع البعض وعنه ان يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع من الرجوع بنقصان العيب فاكل البعض اولى وعنه ان يرد ما بقي لانه مما لا يضره التبعض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكل وبعد بيع البعض عنهما روايتان في احدي الروايتين لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة رجع لان الطعام في حكم شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الرواية الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل كذا في المبسوط *

قوله فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله اي لم ينتفع به اصلا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا للعلف **قال** الامام الحلواني رجع هذا اذا قد فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعدما ذاقه لا يرجع عليه بشيء وما لا ينتفع به اصلا كله لقرع اذا وجده مرآا او البيضة اذا كانت مذرة **قوله** ولا معتبر في الجوز صلاح قشرة على ما قيل اذا كان للتشريقمة بان كان في موضع (يعز)

قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقراره او بيينة او باباء يمين له ان يردّه على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن

يعز فيه الحطب ويستعمل فيه قشر الجوز استعمال الحطب فوجده خاوا باختلاف المشائخ رح فيه منهم من قال يرجع بحصة اللب ويصح العقد في القشر بحصته لان العقد في القشر صادف محله ومنهم من قال يرد القشر ويرجع بجميع الثمن لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب لا يصلح لم يكن محل البيع موجودا وان كان للقشر قيمة فتبين ان البيع وقع باطلا واليه مال شمس الائمة السرخسي رح وان وجد البعض فاسدا وهو قليل صح البيع استحسانا لان الكثير من الجوز لا يخلو من قليل فاسد فهو كالتراب في الحنطة فلو فسد البيع باعتباره لانسد باب بيعه والتقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثني في المائة وان كان الفاسد كثير او هو ان يكون في المائة اكثر من ثلثة لا يصح في الكل ويرجع بكل الثمن عندا يحنف رح لجمعه في العقدين ما له قيمة وبين ما لا قيمة له فصار كالجمع بين حر وعبد في البيع وعندهما يصح العقد فيما كان صحيحا وهو الاصح وقيل يفسد العقد في الكل اجماعا لان الثمن لم يفصل *

قوله لانه فسخ من الاصل فان قبل ينتقض هذا بمسائل آخذ لها ان المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة وان كان الرد بالعيب بالبيينة ولو كان فسحا من الاصل لبطلت الشفعة لبطان البيع من الاصل والثانية ان الرجل اذا باع امته الحبلى من رجل وسلمها اليه ثم ان المشتري ظفر فيها بعيب فردها بقضاء القاضي ثم ولدت ولد اثم ادعاه ابو البائع لاتصح الدعوة ولو كان الرد بالبيينة فسحا للعقد من كل وجه لصحت الدعوة كما تصح في امه ابنه التي لم يبيعها ابنه اصلا والثالثة رجل باع عبدا من انسان ثم احوال بالثمن على المشتري فريضة ثم ان المشتري رده بالعيب بقضاء القاضي لا تبطل الحوالة ولو كان الرد بالبيينة فسحا للعقد من كل وجه من الاصل لبطلت الحوالة قلنا ذكر محمدرح في مواضع ان الرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب (فيما)

(كتاب البيوع باب خيار الغيب)

غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى
القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فثبت بالبينة .

فيما يستقبل لا فيما مضى الا ترى ان من وهب مال الزكاة لرجل قبل الحول وسلمه
اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من الحول
ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول
وكذلك الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنيها ثم رجع الواهب
فيها لم يكن للواهب ان ياخذها بالشفعة ولوعاد الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما مضى
وجعل كان الدار لم تنزل عن ملك الواهب لكان له الاخذ بالشفعة اذا ثبت هذا الاصل
يخرج عليه ما احصيناه من المسائل امام مسئلة الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد
وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذلك المسئلة الثانية لان الاب انما يصح دعوته
باعتبار ولايته وقبل الرد لم تكن له ولاية فلا يظهر حكم الرد فيه وكذلك المسئلة الثالثة
لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها لانها سابقة على الرد قال شيخ الاسلام
المعروف بخواهر زاد مخرج قول القائل الرد بقضاء القاضي فسخ للعقد وجعل له كان لم يكن
متناقض متعارض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ بكون لم يكن لان فسخ العقد
بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ
من الاصل ما دام العقد لانعدام ما ينفيه فتمكن في هذه الدعوى دورا وتناقض من هذا الوجه
ولكن يقال العقد يجعل كان لم يكن على التفسير الذي قلنا كذا في الفوائد الظهيرية *

قوله غاية الامر انه انكر قيام العيب هذا جواب سوال بان يقال لما انكر البائع الثاني العيب فكيف
يصح رده على بائعه بالعيب الذي انكره اذ اكد مناقضة منه فاجاب عنه بانه ارتفعت
المناقضة لما كذبه الشارع فيه في انكاره وفيه خلاف محمد **قوله** ومعنى القضاء بالاقرار .
وانما احتاج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره بعد الاقرار بالعيب لا يحتاج الى القضاء (بل)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رد ا على الموكل لان البيع
ذناك واحد والموجود ههنا يبعان فبنسخ الثاني لا ينسخ الاول * وان قبل بغير قضاء القاضي
ليس له ان يرد له لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسحا في حقهما والاو لثهما وفي
الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي
باعه وبهذا تبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات
البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول
قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيالا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع
او يقيم المشتري بيته لانه انكر وجوب دفع الثمن

بل يدعي لا تراه بالعيب فاذا رد عليه باقراره بدون القضاء لم يكن له ان يرد على بائعه *
قوله وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة اي المشتري اذا باع
ثم رد عليه بعيب بالبينة بخلاف الوكيل اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رد
على الموكل ولا يكون الرد على المشتري رد ا على بائعه وان كان الرد بقضاء القاضي
و لم يترق الحال بين الوكيل والمشتري اذا رد عليهما باقرارهما حيث يلزمهما
قوله لان البيع هناك واحد اي في فصل الوكيل البيع واحد فاذا فسخ انفسخ في حق
الموكل والموجود ههنا يبعان فبنسخ الثاني لا ينسخ الاول **قوله** والاو لثهما اي البائع
الاو ل **قوله** وبهذا تبين وذلك لانه لما لم يتمكن من الرد في العيب الذي
لا يحدث مثله كالا صبع الزائدة مثلا مع انا تيقنا ان ذلك العيب كان موجودا في يد البائع
الاو ل كان اولى ان لا يتمكن من الرد في العيب الذي يحدث مثله لانه يحتمل انه حدث
عند المشتري لا عند البائع ووجه هذه الرواية ان الرد بغير قضاء القاضي اقله تعتمد التراضي
فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود اليه الملك المستفاد
من جهة البائع الاول لخاصته **قوله** لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع (او يقيم)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

حيث انكرت عين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن او لا يتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلما يظهر العيب فينقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه * فان قال المشتري شهدي بالشام استخلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجه اما اذا انكل الزم العيب لانه حجة فيه **قال** ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال يحلف البائع

او يقيم المشتري بينة وذكر في الفوائد الظهيرية بعد ما ذكر لفظ رواية الجامع الصغير كما ذكر في الكتاب فقال وفي هذا التركيب نظر لانه جعل احدهما غاية لنفي الاجبار على الاداء ونفي الاجبار على الاداء لا ينتهي باقامة البينة بل يستمر ثم قال وامكن تصحيحه بتقدير الخبر للمذكور ثانيا ومعاة او يقيم المشتري البينة فيستمر عدم الاجبار *

قوله حيث انكرت عين حقه وهو لتسليم فان قيل ما ادعاه المشتري من العيب موهوم فلا يعارض المتحقق وهو وجوب تسليم الثمن قلنا فيه صيانة القضاء عن النقض **قوله** لانه على حجه لانه لو حضر شهوده كان بسبيل من اقامة البينة ورد المبيع على البائع واسترداد الثمن **قوله** لانه حجة فيه اي لان النكول حجة في ثبوت العيب وهذا احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء المعقولة عند ابي حنيفة رج **قوله** ومن اشترى عبدا فادعى ابا قال اي جاء المشتري بالعبد الى البائع وقال بعني ابقا وانما وضع المسئلة في الباقي لان العيب اذا كان ظاهرا وهو مما لا يحدث مثله كالا صبع الزائدة او الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف اذا دلب المشتري لا ناتيقتا بوجوده عند البائع او باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال يرجع الى قول الاطباء في حق سماع الدعوى وتوجه الخصومة او عيبا تطلع عليه النساء كالقرن والرتق يرجع الى قول النساء في توجه الخصومة فلا يتأتى في هذه المواضع تحليف البائع على قيام العيب في يد المشتري في الحال ولا يحتاج المشتري الى اقامة البينة على قيامه في الحال (و)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الامن خصم ولا يصير خصافيه الا بعد قيام المعيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد

لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب يوهم تعلقه بالشرطين لانه ح بتعلق الحث به لقيام العيب في الحالين فاذا كان وقت التسليم ولم يكن وقت البيع لا يحث فيدفع الرد بهذا التأويل فيتضرر به المشتري والاصح ان البائع لا يبر في يمينه الا اذا لم يكن العيب موجودا في البيع والتسليم اصلا لانه ينفي العيب عند البيع وعند التسليم فيحث اذا لم يكن متعبا في احدهما وفي قوله يوهم اشارة الى ان تأويل البائع ذلك في يمينه هذه ليس بصحيح وانما يحلف البائع على البتات والتحليف على فعل الغير وهو سرقة العبد او اباقه وفي مثل ذلك التحليف على العلم لانه استحلاف على فعل نفسه وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه ولان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان له علمما بذلك فيحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال قبض المودع الوديعة فالقول قول المودع ويحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل المودع وكالوكيل يبيع العبد لو قال قبض الموكل ثمن عبد بعته بحكم الوكالة فانه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القمض فعلا لغيره قال القاضي الامام ظهير الدين رح هذا لا يقوى المستلثين اجدبهما باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات احدهما وورثه البائع الاخر ثم ادعى المبتاع عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد رح وان كان يدعى العلم بانتفاء العيب زمان البيع وكذلك المتفاوضان اذا باعا عبدا وغاب احدهما ثم ادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر في نصيب نفسه على الجزم وفي نصيب الغير على العلم وان ادعى ان له علمما بذلك *

قوله وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة والفرق لا يخيغه رح بين البينة والتحليف في ان العاجز عن اثبات العيب خصم في حق البينة دون التحليف (لا)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

على الوجه الذي قد مناه قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما بق من مبلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير لا يوجب رده بعد البلوغ *

قال ومن اشترى جارية وتقابصا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتهيا وحدها فقال قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقبض كما في الغصب * وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا *

قال ومن اشترى عشرين صفقة واحدة فقبض احد هما ووجد بالآخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كاللتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه

لان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا ساقطة الخصومة وان يكون المشتري خصما للبائع هنا لا بعد اثبات قيام العيب في يد المشتري ولم يثبت ذلك فلا يكون خصما فلم يشرع التحليف لانتفاء موجهه وهو قطع الخصومة واما البيئة فلا ثبات كونه خصما الا ترى ان الرجل يقيم البيئة على انه وارث فلان او وكيل فلان فانه يصح *

قوله على الوجه الذي قد مناه اي على البتات بالله القد بآله وسلمه وما بق قط **قوله** كما في الغصب يعني اذا انكر الغاصب الزيادة يكون القول قوله **قوله** وكذا اذا

اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض اي في مقدار المقبوض بان كان المبيع جاريتم ثم اختلفا فقال البائع المشتري قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما **قوله** لما بينا

اشارة الى ان الاختلاف في مقدار المقبوض **قوله** لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه اشارة الى قوله قبيل باب خيار العيب ان الصفقة تتم مع

خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله **قوله** وهذا لان القبض له شبه بالعقد بوجهين احدهما ان القبض مثبت ملك التصرف والي كما ان العقد مثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف واليد والثاني ان القبض موكد (لما)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وبروي عن ابيوسف رح انه يردّه خاصة والاّصح انه ياخذهما او يردّهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يردّه خاصة خلافا لفرقة هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعري من مضرة لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا قالوا لو استحق احد هما ليس له ان يرد الاخر

لما ثبت العقد وللتاكيد شبه بالايجاب الاتري ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجفوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف السقوط بتمكينها ابن الزوج فالشهود اكدوا نصف المهر فصاروا كأنهم الزموا نصف المهر على الزوج *

قوله وبروي عن ابيوسف رح انه يردّه خاصة كانه جعل غير المعيب تبعا للمعيب حتى جعلهما مقبوضين **قوله** وصار كحس المبيع لما تعلق زوال حس المبيع باستيفاء الثمن لا يزول الا بقبض الكل فكذلك تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فما لم يقبض الكل لا تتم الصفقة على ان الصفقة ان قنّاهت فيما قبض لم تنه فيما لم يقبض فدارا لتفريق بين الجواز وعدمه فلم يجز بالشك **قوله** ولو قبضهما ووجد باحدهما عيبا يردّه خاصة قيل هذا في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبد ين اما اذا لم يكن كزوجي الخف ومصرع الباب فانه يردّهما او يمسكهما حتى قال مشائخنا اذا اشترى زوجي ثورا فقبضهما فوجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر في خيار الرؤية بقوله لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وما ذكره بعد بخطوط بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كان لا تتم قبله **قوله** ولهذا قالوا استحق احدهما اي ولان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لو استحق احدهما بعد قبضهما ليس له ان يرد الاخر بل يلزم العقد (على)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

قال ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيباً رده كله أو اخذه كله ومرداه بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد لا يوزن ان يسمى باسم واحد وهو الكرو نحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فاذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبيدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر * ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا بصره التبعض

على المشتري في الآخر ولو استحق احدهما قبل القبض لانه ان يرد الآخر لتفرق الصفقة فيه قبل التمام وبهذا يستدل على ان تفريق الصفقة بعد القبض جائز وان كان لا يجوز قبل القبض في صورة الاستحقاق فيجب ان يكون في خيار العيب كذلك وهو ان يجوز بعد القبض لاقبله بخلاف خيار الرؤية والشرط لان الصفقة لا تتم ثمه بالقبض لان تمامها يتعلق بتمام الرضا ولم يوجد وتضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري وذكر في المختار اذا اشترى عبيدين ووجد باحدهما عيباً قبل القبض رده بحصته من الثمن عند فرج كما لو وجد به عيباً بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبل القبض فهذا يخالف ما ذكره هنا *

قوله لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فالحبة الواحدة ليست بمنقومة حتى لا يصح بيعها واذا كانت المالية والقابلية للبيع بالاجتماع ضرر الكل في حق البيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكرو نحوه فان قيل لو كان المكيل والموزون كشيء واحد كالثوب والعبد مثلاً كان له حق الرد فيما اذا استحق بعضه بعد القبض قلنا في استحقاق البعض بعد القبض من ابي حنيفة روح روايتان والفرق على احدهما ان استحقاق البعض لا يوجب عيباً في الباقي بخلاف ما لو وجد البعض عيباً وميزة لبرده لان تمييز المعيب عن غير المعيب يوجب زيادة عيب ولا فرق بين ما اذا كان الكل في وعاء واحد او في اوعية عند البعض وقيل هذا اذا كان الكل في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين فهو كعبيدين حتى يرد الوعاء المعيب دون الآخر وحكي عن الفقيه ابي جعفر روح انه قال ما ذكر من الجواب محمول على ما اذا كان الكل في وعاء واحد اما اذا كان في اوعية مختلفة (فوجد)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فله ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام *

قال وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكبل والموزون *

قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فدأواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضاء لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مستطاً

فوجد في وعاء واحد عيباً يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين وكان يفتي به ويضمن انه رواية عن اصحابنا رح وقالوا لا فرق بين ما اذا كان في وعاء واحد او اوعية ليس له ان يرد البعض بالعيب واطلاق محمد رح في الكتاب يدل عليه وبه كان يقول شمس الائمة السرخسي *

قوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة هذا جواب اشكل وهو ان يقال ينبغي ان يكون له الخيار في رد ما بقي كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام فاجاب رح وقال لا يلزم اذا لم يلزم ذلك للزم باعتبار الاستحقاق وانه لا يمنع تمام الصفقة الى آخر ما ذكر في الكتاب **قوله** وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق اي ان عيب الشركة في ذلك النوب لم يحدث في يد المشتري بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلذلك كان للمشتري ان يرد **قوله** لان ذلك دليل قصده الاستبقاء اي في ملكه لان المداواة لازالة العيب وقيام العيب لا يمنع الرد بل هو شرط التمكن من الرد فكانت المداواة دليل الامساك ودليل الرضا بالعيب **قوله** لان الخيار هناك للاختبار يعني ان خيار الشرط انما شرع للاختبار والركوب مرة يحتاج اليه لذلك فلو جعل اختياراً للملك لثبات فائدة خيار الشرط اما خيار العيب انما شرع ليصل الى رأس ماله عند عجزه عن الوصول الى الجزء الفائت فندفع الضرر فلم يكن هذا التصرف في خيار العيب محتاجاً اليه وانه تصرف لا يحل بدون الملك فجعل دليل الرضا * (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وان ركبها ليردها على بائعها وليسقيها وليشتري لها علقا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد واما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا **قال** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يردده وياخذ الثمن عند ابيحنيفة رح وقال يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الاختلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي في المالمية فنغذا العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه

قوله وان ركبها ليردها ذكر الامام التمرناشي رح وان ركبها ليردها على البائع فليس برضاء سواء كان منه بدا ولا وان ركبها ليسقيها فان كان منه بد فهو رضا وان لم يكن منه بد لصعوبتها بان كان جموها او لعجزه عن المشي فليس برضاء ولو اختلفا فقال البائع ركبها لحاجتك وقال المشتري بل لاردها عليك فالقول قول المشتري وفي الكافي وقيل وتاويله اذا لم يمكنه الرد والسقي واشتراء العلف الا بالركوب **قوله** فلانه سبب الرد فيكون مفضيا اليه ومقررا له ولا كذلك الركوب لسقي واشتراء العلف **قوله** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به اي لا وقت الشراء ولا وقت القبض فقطع عند المشتري له ان يردده وياخذ الثمن عند ابيحنيفة رح وفي الجامع الصغير للامام التمرناشي رح رجع بنصف الثمن عند ابيحنيفة رح وهكذا ذكر في بعض المواضع من المبسوط والتوفيق بينهما هو ما ذكر في المبسوط ان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الادمي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيكون للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن عليه وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع نحو القتل العمد والردة **قوله** وانه لا ينافي في المالمية ولهذا يجوز بيعه وينقل بالقبض اليه ضمان المشتري حتى لو مات قبل القطع والقتل كان الثمن على المشتري* (قوله)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى حاملا فما تكت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعند لا يرد بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع ربع الثمن ان لم يقبل وان قبله البائع فبثلثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احديهما الرجوع فيتصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق

قوله عند تعذر رده اما تعذر الرد في القتل فظاهر وما في القطع فانه وجد في يد المشتري وهو عيب حادث فلا يرد الا ان يرضى البائع **قوله** مضافا الى السبب السابق وهذا لان السبب الموجود عند البائع اوجب استحقاق الفعل واستحقاقه اوجب وجوده ووجوده اوجب فوته فصار ذلك مضافا اليه بهذه الوسائط كما في شري القريب والدليل على ان نسبة التلف الى سبب الاستحقاق واجته وان المحل بحكم الاستحقاق يصير كالتالف انه لو حصل سبب استحقاق التلف في المغصوب في ضمان الغاصب فردة على المالك ثم قتل او قطع بناء على ذلك السبب يرجع المالك بكل القيمة او بنصف القيمة على الغاصب **قوله** وما ذكر من المسئلة ممنوعة اي مسئلة الجامل ممنوعة اي على هذا الخلاف ولئن سلم فقد ذكر في المبسوط واما الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لاموت الام بل الغالب عند الولادة السلامة وهو نظير الزاني اذا جلد ولا يلزم على اي حنفية رح الجارية المغصوبة اذا حبلت ثم ردها الغاصب لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو ان يرد المغصوبة كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا وهذا الواجب على البائع تسليم المبيع كما اوجبه العقد وقد وجد ذلك ثم ان تلفه بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع ينقض قبض (١)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وعند هما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضاه ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع *

قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرد به عيب وان لم يسم العيوب بعد ردها ونال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في البراءة معنى التملك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تقضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التملك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رح

المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينقض قبضه فيه ولا يلزم على هذا ما اذا اشترى جارية محمومة فماتت في يد المشتري من تلك الحمى لانها لا يموت بمجرد الحمى بل بزيادة ترادف الآلام ولم يكن عند البائع وكذلك الامة اذا زوجها مولاهما وهي بكر ثم باعها ثم اقتضها الزوج في يد المشتري حيث لا يرجع بنقصان البكارة لان البكارة لا تستحق بالبيع بل بالشرط بدليل ان من اشترى جارية فوجد هائبا لا يتمكن من الرد وكلامنا فيما يستحق بالبيع لا بالشرط وكذا الوزني العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن لان المستحق بذلك السبب الضرب المولم وموته بذلك بمعنى عارض وهو خرق الجلاد وضعف المجلود فلم يكن مضافا الى ذلك السبب *

قوله وعند هما يرجع الاخير على بائعه لانه لم يصرحا بسا للمبيع حيث لم يبعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه صار بالبيع حابسا للمبيع **قوله** في الكتاب اي في الجامع الصغير **قوله** في الصحيح وفي رواية عنه لا يرجع لان حل الدم من وجهه كالا استحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلتشبهه بالاستحقاق عند الجهل به يرجع بكل الثمن وتشبهه بالعيب لا يرجع عنه عند العلم بشي مما لهما وان اعتقه المشتري فقطعت يده (لو)

(كتاب البيوع باب خيار العيب)

وقال محمد ر ح لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر ر ح لان البراءة تناول الثابت ولا يبيوسف ر ح
ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الوجود والحادث *

او قتل فعندهما يرجع بنقصان العيب كما في سائر العيوب وعندا يحنيفة ر ح لا يرجع لان القطع
والقتل لم بتضمنا تفويت المالة هنا لانعدام المالة يوم القطع والقتل *

قوله وقال محمد ر ح لا يدخل فيه الحادث واجمعوا على ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل
عيب به انه لا يبرأ عن الحادث لانه لما قال به اقتصر على الموجود كذا في شرح الطحاوي
قوله ولا يبيوسف ر ح ان الغرض الزام العقدان قيل الرواية منصوطة في شرح الطحاوي
وفي المبسوط ايضا بانه لو باع بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع
والحكم الذي يفسد تنصيبه كيف يدخل في مطلق البراءة عنده قلنا قد ذكر في الذخيرة انه اذا باع
بشرط البراءة عن كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عندا يبيوسف ر ح خلافا لمحمد ر ح
وذكر في المبسوط في موضع آخر ولا رواية عن امي يوسف ر ح فيما ذكر اذا نص على البراءة
من العيب الحادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد
مقام العيب الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول ههنا ظاهر لفظه يتناول العيوب
الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا لان ذلك يرجع الى تقرير مقصودهما
وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز ان يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب
في بيع الارض والمنقولات في وقف القرية وذكر في شرح الطحاوي ولو وجد المشتري
بالمبيع عيبا فجاء بردة بعد ما وقع البيع بشرط البراءة من كل عيب فاختلفا فقال البائع كان
هذا العيب موجودا ودخل في البراءة وقال المشتري هو حادث ولم يدخل في البراءة فعلى
قول ابيوسف ر ح لا فائدة لهذا الاختلاف لانه تبرأ عنهما جميعا وعند محمد ر ح القول قول البائع
مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت
حق الفسخ له بحديث العيب باطن فاذا ادعى المشتري باطنا ليزيل به ظاهره لم يصدق * (باب)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

* باب البيع الفاسد *

إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كما تبين بالميته والدم والخمر والخنزير وكذا إذا كان غير مملوك كالحرق قال رضي هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول البيع بالميته والدم باطل وكذا بالحر لا نعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فإن هذه الأشياء لا تعد ما لا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال

* باب البيع الفاسد *

قوله إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد والفاسد أعم من الباطل لأن كل باطل فاسد ولا ينعكس **قوله** هذه فصول أي مسائل جمعها أي القدوري رح فنقول البيع بالميته والدم باطل إنما ذكر بهذا اللفظ ولم يقل بيع الميثة والدم ليثبت حكم البطلان في بيع الميثة بالطريق الأولي وذلك لأن الباء يدخل في الاتباع والوسائل ولهذا يقال كتبت بالقلم والاثمان اتباع الاتري أن البيع يجوز وإن لم يكن الثمن موجوداً ولا يجوز البيع عند عدم المبيع إلا في موضع خاص ولما بطل البيع عند جعل الميثة والدم ثمناً لأن يبطل بجعلها مبيعاً أولي وهذا اللفظ مجرى على عمومته فيما إذا أريد بالميثة الحيوان الذي مات حتى انقضى وأما إذا أريد بها المختنقة والموقوذة فليس بمجربى على عمومته فإن بيع المختنقة والموقوذة جائز عند أهل الكفر وإن كانت ميتة عند المسلمين وفي التجنيس أهل الكفر إذا باعوا الميثة فيما بينهم لا يجوز لأنها ليست بمال عندهم ولو باعوا ذبيحتهم بأن يخنقوا الشاة أو يضربوها حتى يموت جاز لأنها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ألا ترى أن المجوسي لو ذبح وباع فيما بينهم يجوز وإن كان هذا ميتة **قوله** عند أحد أي ممن له دين سماوي وهذا لأن صفة المالقة للشيء يتمول كل الناس أو يتمول البعض أياً والقيمة إنما تثبت بأباحة الانتفاع به شرعاً وقد تثبت صفة التقوم بدون صفة المالقة فإن حبة من الحنطة ليست بمال حتى لا يصح بيعها وإن أبيع الانتفاع بها شرعاً لعدم تمول الناس أياً (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانته عند بعض المشائخ لان العقد غير معتبر في قبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حال من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني قولهما كذا في بيع ام الوالد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رح وسنبينه بعد هذا وكذا بيع الميتة والدم والحرباطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير

قوله فانه مال عند البعض اي الخنزير مال عند البعض والخمر مال مطلقا وارا ان كل واحد منهما مال متقوم عند البعض اي عند اهل الذمة **قوله** ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه اي في البيع الباطل يكون امانته عند بعض المشائخ فمنهم الشيخ الامام احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وعند البعض يكون مضمونا ومنهم الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رح والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان القبض باذن المالك ففيه اتفاق الروايات على ان المشتري يملكه واما اذا قبضه بعد الانتراق عن المجلس بغير اذن البائع هل يملك ذكر في الماذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير واما اذا كان الثمن شيئا يملكه البائع فقبض الثمن منه يكون اذ ناله بالقبض كذا ذكره الامام قاضي خان رح في الجامع الصغير وعند مشائخ بلخ رح الفاسد يفيد ملك العين وعند مشائخ العراق يفيد ملك التصرف لا ملك العين ولهذا لا يجوز للمشتري ان يطأ جارية اشتراها بشري فاسد ولا شفعة في الدار المشتراة به ولا يحل اكل طعام اشتراه به واما مشائخ بلخ رح فقالوا ان جواز التصرف له بناء على ملك العين وهو الاصح بدليل ان من اشترى دارا بشري فاسد وقبضها فبيع بجنبها دارا للمشتري ان يأخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه وكذا لو اشترى جارية بشري فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب على البائع الاستبراء ولو باع الاب او الوصي (عبد)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

أَنَّكَ قَوْلُ بِالْدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وَأَنَّكَ قَوْلُ بعين فالبيع فاسد
حَتَّى يملك ما يقابله وَأَنَّكَ لَا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر
مال وكذا الخنزير مال صنداهل الذمة إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بها نته
وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصود اعزازه وهذا لأنه متى اشتراها بالدراهم
فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر

عبدنيم بيعا فاسدا أو قبضه المشتري واعتقه جازعتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط
لما جاز لان عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الأحكام أنه يملك العين
وإنما لم يحل وطى التجارة المشتراة بشرى فاسد لان في الاشتغال بالوطى اعراضا
عن الرد قال الامام الحلواني رح بكرة الوطى ولا يحرم كذا في اليتيمة ولم يثبت الشفعة لان
في قضاء القاضي بالشفعة تأكيد الفساد وتقريره ولا يحل اكله لما فيه من الاعراض عن الرد *

قوله أَنَّكَ قَوْلُ بِالْدين كالدراهم والدنانير فسر الدين بهما لانهما ائمان ابداء
لانهما خلقنا في الاصل ثمن الاشياء وقيمتها قال الله تعالى وشروة بثمان بخرس دراهم
معدودة فسر الثمن بالدراهم وقال الفراء الثمن ما يكون في الذمة والدراهم والدنانير
لا تتعنان على اصلنا في عقود المعامضات وإنما يعتقد على مثلها دينا في الذمة
فجعلوا الدراهم والدنانير ائمانا لهذا والاعيان التي ليست من ذوات الامثال
كغير المكيلات والموزونات مبيعة ابداء والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فهي
مبيعة وثن فان قابلهما بالدراهم والدنانير فهي مبيعة وان كان في مقابلتها عين
فان كانت المكيلات والموزونات معينة فهي مبيعة وثن لان البيع لا بدله من مبيع
وثن وليس احدهما بان يجعل مبيعا باولى من الآخر لان المكيل والموزون يتعنان
في البياعات كالعروض فجعلنا كل واحد منهما مبيعا من وجه لنا من وجه وان كانت المكيلات
والموزونات غير معينة فان استعملت استعمال الايمان فهو ثمن نحوان يقول (١)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمير لان المشتري للثوب
انما يقصد تملك الثوب بالخمير وفيه اجاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا
في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب
دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شري الثوب بالخمير

اشتريت هذا العبد بكذا كذا حنطة ويصف ذلك وان استعملت استعمال المبيع كان مبيعا
بان قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد الا بطريق السلم *

قوله فسقط التقوم اصلا اي لم يظهر حكم التقوم في نفسه ولا فيما يقابله من الدراهم والدنانير لان
التمن يثبت في الذمة بالعقد وثبوته في الذمة انما يكون حكما تملكه بمقابلة تملك مال آخر فاذا
لم يوجد ذلك لا يثبت في الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فيبطل
العقد اصلا وان كان قبيل بعين ظهر حكم التقوم في حق تملك العين فصار العقد منعقدا في حق العين
ولم يصح تسمية الخمر في نفسه فيكون العقد واقعا بقيمة العين لانه لا يملكه مجانا بل بعوض وقد تعذر
مقابلته بذلك العوض اذ لا قيمة لذلك العوض فيضار الى قيمة هذا العوض ضرورة والعقد الصحيح
يقع مضمونا بالقيمة وكذلك القبض بحق العقد حتى اذا اشترى شيئا هو عنده مضمون بالقيمة
لم يحتج الى قبض جديد للمشتري حتى يكون الهلاك عليه ويتم العقد الا ان ضمان القيمة لا يظهر
لقيام المشروط بينهما بتراضيهما وهو الثمن مقام ذلك ولهذا نقول المقبوض بسوم الشراء مضمون
بالقيمة لان الثمن بعد لم يثبت فلم يسقط الضمان الاصلي وهما بالفساد لم يجب الثمن بنفس
الشرط فلم يسقط الضمان الاصلي فوجب القيمة حتى تم العقد بالقبض ووقع الملك بالضمان
الذي يوجب العقد متى انعقد البيع ولم يكن غيره **قوله** وكذا اذا باع الخمر بالثوب
اي يكون البيع فاسدا باطلا وان كان فيه شبهة كون الخمر مبيعا لدخول الباء في الثوب
ولكن قد ذكرنا ان المكيلات والموزونات اذا كانت معينة فهي مبيعة وثمن والكلام فيما اذا كان
الخمر والثوب معينين فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجحنا جانب الفساد على جانب (١)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

لكونه مقايضة **قال** وبيع ام الولد والمدر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله هم اعتقها ولدها وسنبل الحرية انعقد في حق المدر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولورضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رح وقد ذكرناه في العتاق * **قال** وان ماتت ام الولد او المدر بر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقال عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدر وام الولد يدخلان في البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم اليهما

البطلان صونا لتصرف الباقلين المسلمين عن الالغاء والبطلان بقدر الامكان * **قوله** لكونه مقايضة المقايضة هي بيع العرض بالعرض سمي بهالتساوي العوضين في العينة يقال هما فيضان اي متساويان **قوله** لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد وتفسير حق العتق هو استحقاق لا يدخل عليه الا بطل كذا في الجامع لفخر الاسلام **قوله** لازمة في حق المولى حتى لا يملك المولى فسخ الكتابة ولا يكون لازما من جهة المكاتب حتى يملك ان يعجز نفسه **قوله** حتى يملك ما يضم اليهما كما اذا جمع بين قن ومدر صح البيع في القن ولو لم يدخل في البيع لما انعقد على القن كما لو جمع بين حر وقن **قوله** وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما لانهما ليسا بمحل البيع فلا يفيد دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت الحكم في المضموم اليه فان قيل ينبغي ان يكون في ضم الحر الى العبد هكذا قلنا الحر ليس بمال فلا يمكن دخوله في البيع اما المدر وام الولد فمال وانما امتنع البيع لتضمنه بطلان حتى الحرية (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم مقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما
ضمه اليه كذا هذا * ولا يجوز بيع السهمك قبل ان يصاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة
اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان
يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك *
ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور
التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي ع م عن بيع الحبل وحبل الحبله ولان فيه غررا *
ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط بالبيع بغيره *
قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط
المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع
في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه ع م نهى عن بيع الصوف
على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح

قوله فصار كمال المشتري كما لو اشترى من غيره عبد نفسه وعبد البائع صفقة واحدة
فان عبده يدخل في شرائه لثبت الملك في حق الآخر وهذا لانهما مالان حقيقة حران من وجه
قد خلا تحت البيع في حق انعقاد العقد ون الحكم عملا بل لا يلين بخلاف الحر لانه
ليس بمال بوجه **قوله** ولا بيع الحمل ولا النتاج الحمل ما في البطن والنتاج ما يحمل هذا
الحمل وهو المراد من حبل الحبله في الحديث وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية
فابطل ذلك بالنهي ولان فيه غررا وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع فيه غرر وهو
ما انطوت عنك معنيه وخفيت عليك عاقبته **قوله** لانه من اوصاف الحيوان الصوف
قبل الجزا ز وصف الحيوان لان ما يكون متصلا بالحيوان هو وصف محض بخلاف
ما يكون متصلا بالشجر فهو عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه لذلك **قوله** ولانه ينبت
من اسفل بضم الباء وذلك يتبين فيما اذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم تركها اياما (فا)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه *

قال وجدع في سقف وذراع من ثوب ذكر القطع اولم يذكره لانه لا يمكن التسليم الا بضر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لاندلا ضرر في تبعضه ولولم يكن متعينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود *

فالمنحسوب يبقى على رأسه لا على أصله بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلاها حتى لو ربطت خيطا في اعلاها وتركها ما يبقى الخيط اسفل مما في رأسها الآن والا على ملك المشتري *

قوله في هذا الصوف اي الصوف على ظهر الغنم **قوله** لانه لا يمكن تسليمه الا بضر ولا يقال بانه رضي بهذا الضر حيث التزم ذلك لان التزامه بدون العقد غير معتبر والعقد لم يوجب عليه ضررا وفي القوائد الظهيرة العقد مشروع والضرر غير مشروع فالعقد الذي فيه ضرر لا يكون مشروعا ولا يلزم المحاباة لانه ليس فيه تقويت باستهلاك المال ولا بيع الحجاب في الدار اذا لم يمكن اخراجها الا بقلع الباب لانه ممنوع على ما اختاره البعض وبعد التسليم المبيع هنا يتعيب وغيرة ايضا وفي الحجاب انما يتعيب البناء دون الحجاب وفيما اذا اشترى نخلا او شجرا على ان يقطعه المشتري لوزر على ان يحصده قالوا يجب ان يجوز لانه امكن تسليمه من غير ان يتصل بالارض ضرر وفي هذا التغليل اشارة الى ان التغويل على ضرر يلزم في غير المبيع وشراء الشجر بشرط القلع لا يجوز عند البعض لانه لا يمكن القلع الا بحفر الارض وعند البعض يجوز للتعامل نصاركيب الكراث يجوز للتعامل وان كان القياس بابي جواز لانه ينمو من اسفله فيختلط المبيع بغيره ولا تعامل في الصوف على ظهر الغنم فبقي على اصل القياس والمراد من قوله وذراع من ثوب ما اذا كان ثوبا بضره القطع نحو القميص والعمامة **قوله** اما الجذع فعين موجود فان قيل لو باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وبلغ جلد ها وسلمه لا ينقلب البيع الى الجواز وان كان الجلد ميتا (موجودا)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضربة الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا وبيع المزبنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذود مثل كيله خرصا لأنه م نهى عن المزبنة والمحافلة فالمزبنة ما ذكرناه والمحافلة بيع الحنطة في سنبليها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكبلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيمادون خمسة أو سق لأنه م نهى من المزبنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمر فيمادون خمسة أو سق قلنا العربية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعري له ما على النخيل من المعري بتمر مجذود وهو بيع مجاز لأنه لا يملكه فيكون برا مبنداً * ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملاسة والمنابذة وهذه بيوع كافت في الجاهلية وهو أن يتراخس الرجلان على سلعة أي يتساو مان فاذ المسها المشتري أو يندها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملاسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر

موجودا وكذلك لو باع كرشها أو أكارنجها ثم ذبح وسلم قلنا الجلد وإن كان عينا موجود الكنه متصل بغير المبيع اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا بخلاف الجذع فإنه عين مال في نفسه وإنما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد إلا أنه عد عا جزا عن التسليم حكما لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ضرب الشبكة على الطائر القاه عليه ومنه نهى من ضربة القانص هو الصائد وفي تهذيب الأزهري عن ضربة القانص وهو الغواص على اللآلي وذلك أن يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا *

قوله ولأن فيه غررا لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد الزبن الدفع وناقعة زبون تزبن حالها ومنه الزبون للابله الذي يغبن كثيرا على الأسناد المجازي واستزبنه وتزبنه اتخذه زبونا والمزبنة بيع التمر في رؤس النخيل بالتمر كبلا من الزبن أيضا لأنها يودي إلى النزاع والدفاع **قوله** يجوز فيمادون خمسة أو سق ولا يجوز عند فيمادون خمسة أو سق وله (في)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وقد نهى النبي ﷺ من بيع الملاسة والمناذة ولان فيه تعليقا بالخطر *

قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان ياخذ ايهما شاء
جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه * ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلاء
اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لا شراك الناس فيه

في مقدار خمسة اوسق قولان قلنا العريضة العطية قال عليه السلام للخراصين خففوا في الخرص
فان في المال العريضة والوصية والمخروص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب
العتاء وتفسير العريضة ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري
دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف
الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوزا بالخرص ليدفع ضرورة عن نفسه
ولا يكون مخلصا للوعد وهذا عند ناجائز لان الموهوب لم يصرم ملكا للموهوب له ما دام متصلا
بملك الواهب فما يعطيه من الثمر لا يكون عوضا عنه بل هبة مبتدأة وانما سمي ذلك بيعا
مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما
دون خمسة اوسق نظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده *

قوله وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الملاسة والمناذة الحديث لم يتعرض لبيع القاء الحجر
ولكن الحق ببيع الملاسة والمناذة بطريق الدلالة وهو ان يتساوما فان احب المشتري
الزام البيع لمسه ابده او وضع الحجر فيكون مشتريا لها رضي مالكها او لم يرغ وان احب
مالكها الزام البيع ينبذها اليه فيلزمه البيع وليس له الرد بعد ذلك وذكر في المنتقى
قال ابو حنيفة رحمه الله الملاسة ان يقول ابيعك هذا المتاع بكذا فاذا المستك وجب البيع
او يقول المشتري كذلك والقاء الحجر ان يقول المشتري او البائع اذا القيت الحجر
وجب البيع **قوله** الكلاء واحد الاكلاء وهو كل ما رعته الدواب من الرطب واليابس كذا
في المغرب وانما قال المراد الكلاء لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض فيجوز (بيعها)

(كتاب البيوع ٠٠٠٠٠ باب البيع الفاسد)

بالحديث وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولوعقدت على استهلاك عين مملوك بان استا جربقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى *

قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبعل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزناير

بيعه فلا يصح ان يراد وانما المراد بها ما يحويه المراعي من الكلأ اطلاقا لا اسم المحل على الجال *

قوله بالحديث وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في الثلث الماء والكلأ والنار والمراد بالماء الذي في الانهار والآبار اما اذا اخذه وجعله في وعاء فقد احرزه فجاز بيعه وبالكلأ ما نبت في ارض غير مملوكة وما نبت في ارض مملوكة بغير انبات رب الارض لان رب الارض لا يكون محرزا له بكونه في ارضه واذا انبت صاحب الارض بالسقي والتربة في ارضه اختلفت الروايات فيه فانه ذكر في الذخيرة والمحيط ولوباع حشيشا في ارضه ان كان صاحب الارض هو الذي انبت بان سقاها لاجل الحشيش فنبت بتكلفه جاز لانه ملكه الا ترى انه ليس لاحد ان يأخذه بغير اذنه وان نبت بنفسه لا يجوز لانه ليس بمملوك له بل هو مباح الاصل الا ترى ان لكل احد ان يأخذه وفي القدوري ولا يجوز بيع الكلأ في ارضه ولو ساق الماء النجس ارضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلأ لم يجزيه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص وانما ينقطع الشركة بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلأ فبقي الكلأ على الشركة فلا يجوز وذكر الامام التمر تاشي والاسبجاي عن المتأخرين اذا نبت الكلأ بسقي رب الارض وقيامه على ذلك ملكه وجاز بيعه قبل الاحتشاش ولو احتشه انسان بلا اذنه كان له الاسترداد وهو مختار الشهيد وان نبت الشجر في ارض مملوكة فهو مملوك لصاحب الارض وان نبت لا بانباته وذكر الحلواني عن محمد رحمه الله: لكلأ ما ليس له ساق وما قام على الساق فليس بكلأ مثل الحاج وكان الفضلي يقول (هو)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كواراً فيها
عُسل بما فيها من النحل يجوز تباعه كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند
أبي حنيفة رح لأنه من الهوام وعند أبي يوسف رح يجوز إذا ظهر فيه القز تباعه وعند
محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعاً به ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رح

هو كلاً ومعنى إثبات الشركة في النار الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها وتجنيف الثياب
بها ما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بأذن صاحبها وذكر في الفوائد الظهيرية
وكذلك لا يجوز الإجارة لأن المستحق بالإجارة المافع دون الأعيان إلا إذا كانت الأعيان
آلة لأقامة العمل المستحق بالإجارة كالأصبع في استجار الصباغ واللبن في استجار
الظفر لكونه آلة للخضاب والظوؤورة وذكر الأمام التمر تاشي رح بخلاف استجار الظفر
حيث يجوز لأن لبن بنات آدم في حكم المنفعة ولهذا لا يجوز بيعه ولا يضمن مثله *

قوله والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه أحرز بقوله لا بعينه عن بيع المهر والحش فانهما
وإن كان لا ينتفع بهما في الحال ولكن ينتفع بهما في المال بأعيانهما فيجوز البيع الكوارة بالضم
والتشديد عن العوري معسل النحل إذا سوى من طين **قوله** كذا ذكره الكرخي رح
هكذا ذكره هنا وذكر في موضع آخر أن هذا قول القدوري وأنكر أبو الحسن وهو الكرخي
جواز بيع النحل مع المعسل وقال أنما يدخل الشيء في البيع تباع الغيرة إذا كان من حقوقه
كالشرب والطريق وهذا ليس من حقوقه كذا في الفوائد الظهيرية * **قوله** وعند محمد رح
يجوز كيف ما كان وعليه الفتوى اعتباراً للعادة ولأنه يتولد منه ما هو منتفع به
فيصح بيعه كبنر البطيخ ففي دود القز مرابو حنيفة رح على أصله المذكور في بيع النحل
وكذا محمد رح مر على أصله فقال بالجواز فيهما وأما أبو يوسف رح ففرق ففي بيع
النحل مع أبي حنيفة رح وفي بيع دود القز مع محمد رح فقال ما ظهر من القز منتفع به في
المستقبل فكان بمنزلة المهر بخلاف النحل كذا في الفوائد الظهيرية * (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف رح مع أبي حنيفة رح كما في دود القز والحمام إذا علم عدد ها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الأبق لنهي النبي عم عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده لأن المنهي بيع أبق مطلق وهو أن يكون أبقاً في حق المتعاقدين وهذا غير أبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عليه لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض فصب ولو قال هو عند فلان فبعه منى فباعه لا يجوز لأنه أبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ولو باع الأبق ثم عاد من الأبق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلاً لأنعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رح أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية

قوله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقال الإمام المحبوبي رحمه الله وعليه الفتوى وفي الذخيرة فإنه اختيار الصدق والشهيد رحمه الله **قوله** وكان أشهد عليه أي أنه يأخذه للرد على المولى لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة وهو أدنى لأنه غير مضمون لا ينوب عن قبض البيع وهو أقوى لأنه مضمون لازم ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً وذكر الإمام التمرقاشي رح وأن لم يشهد فكذلك عند أبي يوسف رح أي لا يصير قابضاً وعندهما يصير قابضاً عقيب الشراء وأن كان أخذه لنفسه يصير قابضاً عقيب الشراء عندهم جميعاً **قوله** ولو باع الأبق ثم عاد من الأبق لا يتم ذلك العقد ويحتاج إلى بيع جديد وبه أخذ جماعة من مشائخنا وبه كان يفتي أبو عبد الله البلخي وهكذا ذكر شيخ الإسلام رح لأن شرط جواز العقد وهو القدرة على التسليم كان فائتاً وقت البيع فلا يجوز وأن وجدته من بعد وصار كما لو باع خمرافصاً خلا في المجلس وسلمه أو باع طيراً في الهواء أو سمكاً في الماء ثم أخذه وسلّمه في المجلس فإنه لا يجوز **قوله** لأنعدام المحلية لأن محل البيع مال مقدور التسليم والأبق ليس بمقدور التسليم ولأن المالية في الأبق تأوية فهو كالمعدوم حقيقة في المنع من التبع فإن قيل فلم جازاً عتاقه قلنا لا اعتاق (١)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابقى بعد البيع وهكذا يروى عن محمد ر ح * **قال** ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي ر ح يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف ر ح انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حيوة في اللبن *

ابطال الملك فلان سلم تواه بالابق واما البيع فانبات الملك للمشتري والتوى ينافيه فلا يثبت وعن ابي حنيفة ر ح انه يتم العقد وبه اخذ الكرخي ر ح وجماعة من مشائخنا وذكر القاضي الاسي جابي ر ح وبعد ظهور الابق فايهما امتنع من البائع والمشتري يجبر على التسليم والتسلم ولا يحتاج الى بيع جديد الا اذا كان المشتري رفع الامر الى القاضي وطلب التسليم من البائع وظهر عجزه عن التسليم وفسخ القاضي العقد بينهما ثم ظهر العبد فمح يحتاج الى بيع جديد كذا في الذخيرة *

قوله والمانع قد ارتفع وهو العجز فاذا زال صار كان لم يكن كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل الخصومة كذا في المبسوط وكذا في الابق من ابنه الصغير لا يجوز ولو وهبه له اولين في حجرة جازلان ما بقي له من اليد في الابق يصلح لقبض الهبة دون البيع واعتاق الابق عن الكفارة جائز اذا علم حيوته ومكانه كذا ذكره التمر تاشي **قوله** ولا بيع لبن امرأة في قدح وانما قال في قدح لانه لو لم يذكر القدح لتوهم انه يجوز بيعه اذا كان في القدح وانما لا يجوز بسبب كونه في الثدي كما هو الحكم في البان سائر الحيوانات انه اذا باعه وهو في الضرع لا يجوز واذا كان في القدح او في غيره من الاء يجوز **قوله** لانه مشروب طاهر في النهاية ذكر الطهارة بعد كونه مشروبا احتراز عن الخمر واما لا يتقوم في نفسه مع كونه طاهرا كحبات الحنطة لعدم الانتفاع فانه لا يجوز بيعهما لفوات وصف الطهارة في الخمر وفوات وصف التقوم في حبات الحنطة ولنا انه جزء الآدمي (فلا)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخنزير للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرر **وقوله** الى البيع ولو وقع في الماء القليل بفسده عند ابي يوسف رح وعند محمد رح لا يفسده

فلا يكون ما لا لان المال هو غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي مما يجري فيه الشح والفضة ومحل البيع هو المال حتى لا يعتقد في غيره اصلا واماد لانه ان اللبن جزء الآدمي فهو ان الشرع اثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية فلما كان هو جزء الآدمي والآدمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع وغيره فلذلك لا يجوز بيعه فان قيل اجزاء الآدمي مضمونة بالاتلاف فوجب ان يكون اللبن كذلك قلنا اجزاء الآدمي لا تضمن بالاتلاف بل يضمن ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اتصل به البره يسقط الضمان وكذلك السن اذا نبتت الا ما يستوفى بالوطئ فانه مضمون وان لم ينقص شيء تعظيما للبضع الا ترى انه يجب وان اذنت بالاستيفاء اذ لم يجب الحد بخلاف الطرف فانه لا ضمان فيه مع الاذن وهذا لان ما يستوفى بالوطئ ملحق بالنفس حكما في حق الضمان احترام الماء الذي منه النفس وبالاتلاف اللبن لا ينتقص من الاصل شيء فلا يضمن كذا في الاسرار واما قوله انه مشروب طاهر قلنا لانسلم بان اللبن مشروب على الاطلاق وانما هو غذاء في تربية الصبيان لاجل الضرورة فهم لا يتربون الا باللبن الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة حتى لو استغنى لم يبح شربه وصبه في عين رمدة عند بعض اصحابنا لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به ولا يدل هذا على انه مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يملك بالعقد للحاجة الى قضاء الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لا يدل على انه مال متقوم مع ان الغذاء ما في الثدي من اللبن وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق واما ما يحلب بالقوارير فقلما يحصل به غذاء الصبي وفي تجويز بيع ذلك فساد فانه يثبت حرمة المصاهرة بين صاحبة اللبن وبين من يربى به من الصبيان فاذا لم يكن معلوما يتمكن فساد في الانكحة من الله والله لا يحب الفساد *

قوله فلا يجوز بيعه اهانة له فان قيل جعل البيع في لبن الآدمي وشعره دليل الاهانة (و)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولا يبيوسف روح ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها* ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن *

قال ولا يبيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلوة* ولا بأس ببيعها والانتفاع بها

وفي شعر الخنزير دليل الاعزاز فكيف يكون الشيء الواحد دليل الاعزاز والاهانة فلما انما كان كذلك باعتبار المحل كما ان الاحراق اهانة في حق الآدمي اعزاز في حق الحطب حيث اعتبر به دون غيره وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله ان كانت الاساكنة لا يجدون شعر الخنزير الا بالاشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة فاما البيع فيكرة للبائع وقيل لا يطيب الثمن للبائع ولا بأس للاساكنة ان يصلوا مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم وفي الشافي لو صلى ومعه شعر الخنزير اكثر من قدر الدرهم وزنا عند بعضهم وبسطا عند آخرين لم تجز عند ابيوسف روح وقال محمد روح تجوز وفي الذخيرة في المنتوف واما المخروز فظاهر *

قوله لان اطلاق الانتفاع به دليل الطهارة والصحيح قول ابي يوسف رحمه الله لانه لو كان طاهرا مباح الانتفاع به يصح بيعه قياسا على عامة ما هذاشانه وعن بعض السلف انه كان لا يلبس مكعبا او خفامخروزا بشعر الخنزير **قوله** الواصلة التي تصل الشعر والمستوصلة التي تفعل بها ذلك وروي عن محمد روح انه يجوز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالا بما روي ان النبي عليه السلام حين خلق رأسه قسم شعرة بين اصحابه وكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل وانه لا يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه حين شرب دمه على قصد التبرك نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل **قوله** فيزيد في قرون النساء وذوائبهن اي يزيد في اصول الشعر للتكثير وفي الذوائب للتطويل **قوله** ولا يبيع جلود الميتة (قبل)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

بعد الدباغ لانها قد ظهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا باس بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها وبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به **قال** واذا كان السفلى لرجل وعلوه لاخر فسقطا وسقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء

قبل ان تدبغ ولا يقال نجاستها لما اتصل بها من الدسومات فلا يمنع ذلك جواز بيعها كالثوب النجس لاننا نقول هذه الدسومات في الجلد باعتبار اصل الخلقة فلما لم يزايله بالدبغ فهو كعين الجلد وبهذا الطريق يكون الجلد محرم العين فاما النجاسة في الثوب فليس باصل الخلقة بل جاورته بعد ان لم تكن متصلة بالثوب فلا يتغير حكم اصل الثوب من حيث الانتفاع به وجواز بيعه كذا في الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي رح *

قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح لانه بمنزلة الخنزير في حق تناول اللحم وغيره فكان نجس العين كالخنزير وعندهما بمنزلة السباع لانه منتفع به حقيقة فكان منتفعا به شرعا باعتبار ايساثر السباع هذا هو الاصل الا اذا قام الدليل بخلافه **قوله** حتى يباع عظمه هذا اذا لم يكن على عظم الفيل واشباهه دسومة واما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه **قوله** فباع صاحب العلو علوه اي حق التعلي والمال هو المحل للبيع فان محيل البيع هو مال او حق يتعلق بالعين وحق التعلي يتعلق بالهواء والهواء ليس بمال لان المال ما يمكن قبضه واهرازه **قوله** لانه حظ من الماء والماء عين مال فكان بيع الشرب بمنزلة بيع العين فانه قيل لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين ينبغي ان لا يجوز البيع اذا كان الماء معدوما في الارض قلنا انما يجوز للضرورة وبغرضية وجوده كالسلم والاستصناع (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب *
قال يبيع الطريق وهبته جائز ويبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين يبيع رقة الطريق
والمسيل يبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان
له طولاً وعرضاً معلوماً واما المسيل فمجهول لا ندل يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي
بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احدهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم
لنقله بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلّي وعلى الارض مجهول
لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلّي على احدي الروايتين ان حق التعلّي يتعلق
بعين لا يبقّى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور فيتعلق بعين يبقّى وهو الارض فاشبه الاعيان *
قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا يبيع بينهما بخلاف ما اذا باع كعباً فاذا
هو نعمة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه
في النكاح لمحمد رحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا

قوله ولهذا يضمن بالاتلاف بان يسقي ارضه بشرب غيره وله قسط من الثمن حتى لو ادعى
رجل شراء ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما
لاختلافهما في ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص ثمن الارض لان بعض الثمن مقابل
بالشرب فصار كما ختلا فهما في مقدار ثمن الارض وانما لم يجزيه مقصوداً في رواية وهو اختيار
مشائخ بخار الجهالة ويبيع المسيل لا يخلو عن خمسة اوجه اما ان يريد به بيع رقة المسيل وهي
النهر فهو جائز او يريد به رقة الارض لتسييل الماء فهو على وجهين ان بين حدوده وموضعه
فهو جائز ايضا وان لم يبين لا يجوز واما ان يريد به حق التسييل فهو لا يخلو اما ان كان على السطح
وهو غير جائز لمعينين احدهما انه متعلق بالهواء فكان بمنزلة حق التعلّي والثاني بمنزلة الجهالة
لان التسييل مجهول مختلف لقلّة الماء وكثرته وفي الارض وانما لا يجوز للجهالة **قوله** فاذا هو غلام
ذكر الضمير بتذكير الخبر **قوله** والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه وهو متفق عليه (في)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فلا احوال هو كالتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوزاري والزندنجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما *

في حكمه لكن ذكرنا ذلك الاصل المتفق عليه في وجه قول محمد رح في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلا تنافهم على ذلك الاصل لم يقع الخلاف هنا في مسئلة من باع جارية فاذا هو غلام *

قوله ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى وفي الجامع الصغير للتمرتاشي اشار في البيع ومسمى فان كان المشار اليه خلاف المسمى جنسا يتعلق العقد بالمسمى اذ الم يعلم المشتري ان المشار اليه خلاف جنس المسمى فان علم يتعلق بالمشار اليه حتى لو قال بعتك هذه الجارية و اشار الى العبد يتعلق العقد بالعبد وكذا لو قال اشتراني جارية بهذه الدراهم و اشار الى البدنانير يتعلق بالتوكيل بالبدنانير وذكر فخر الاسلام رح انما يتعلق بالمشار اليه في متفقي الجنس لان الجمع بين الاشارة والتسمية هناك ممكن بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب حتى لو قال بعته هذا العبد الخباز فاذا هو ليس بخباز كان البيع صحيحا وكان ذكر الوصف للترغيب واذا كان بخلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى لان العقد يثبتني على المسمى وهو المقصود والبناء على المقصود واجب ويتخير لفوات الوصف وذكر في الفوائد الظهيرية وبثبت الخيار اذا كان الموجود انقص هكذا ذكرنا وهكذا ايضا ذكره صدر الاسلام في الجامع الصغير وذكر صاحب المحيطان للمشتري الخيار من غير تقييد بكونه انقص وهو الصحيح لفوات المقصود المدلول عليه بالاشتراط **قوله** جنسان للتفاوت في الاغراض فالمتبغى من العبد الاستخدام مخارج الدار ومن الاماء الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد **قوله** للتقارب فيها فالمتبغى من الكل اللحم والركوب والحمل (الو)

(كتاب البيوع باب البيع الناسد)

قال ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فتبضها ثم باعها من البائع بخمس مائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك قد تم فيها بالتبض فصار البيع من البائع وغبرة سواء وصار كما لو باع بدثن الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رض لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمان مائة

الوذا ري بثمن الو او وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى وذا ر قرية بسمرقند والزندنجي ثوب منسوب الى زندنه قرية ببخارا كذا في المغرب *

قوله او بالعرض يعني اشترى بالف ثم باعها بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض اقل من الالف فانه جائز لا تناق ولو باعها بالدرهم ثم اشترها بالدنانير وقيمة الدنانير اقل من الثمن الاول لا يجوز عندنا استحسانا خلا فالتزفر رح ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وهوان امرأة دخلت على عائشة رضي الله تعالى عنها وقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية الى العطاء بثمان مائة درهم ثم بعتهامنه بستمائة فقالت عائشة بئس ما شريت وبئسما اشتريت ابغني زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله عليه السلام ان لم يتب عن هذا فاذا هاز يد بن ارقم معذرا فقلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا الوعيد الشديد دليل على فساد هذا العقد والحاق هذا الوعيد لهذا الصنع لا يهتدي اليه العقل اذ شيء من المعاصي دون الكفر لا يبطل شيئا من الطاعات الا ان يثبت شيء من ذلك بالوحي فدل على انها قالته سماعا واعتذار زيد اليها دليل على ذلك لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر احدهما الى صاحبه فيها ولا يقال انما الحققت الوعيد به للاجل الى العطاء لاننا نقول ان مذهب عائشة رض جواز البيع الى العطاء ولانها قد كرهت العقد الثاني بقولها بئسما شريت وليس فيه هذا المعنى وانما ذمت البيع الاول وان كان جائزا عندنا لانه صار ذريعة الى البيع الثاني الذي هو موسوم بالفساد وهذا كما يقول لصاحبه بئس البيع الذي (او)

كتاب البيوع باب البيع الفاسد

بسماء شريت واشتريت ابغني زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطال حجه وجهاده مع رسول صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع وقعت المقاصة بقبي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة *

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقده الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلته التي لم يشترها من البائع فيكون مشترى للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبها

او تعك في هذا الفساد وان كان البيع جائزا فان قيل يحتمل انها ذمت البيع الاول لفساده بجهالة الاجل وانهار جعت عن تجويز البيع الى العطاء والبيع الثاني لانه بيع المبيع قبل القبض اذا القبض لم يذكر في الحديث قلنا الرجوع لم يثبت وانما ذمت البيع الثاني لاجل الربوا حتى تلت عليه آية الربوا وليس في بيع المبيع قبل القبض الربوا *

قوله بسماء شريت اي بعته لان الشراء يستعمل في معنى البيع قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة اي باعوه ثم انما قدمت العقد الثاني لان الفساد فيه مقصود وفي الاول باعتبار الوسيلة فان قيل تدجاء الوعيد ايضا في تفريق الوارد عن الوالد المبيع ومع ذلك لو فعله فالبيع جائز لا فاسد قلنا الوعيد هناك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا ايضا فلما امكن الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة اعتبر منفصلا في جواز البيع وكرة ذلك نسبة الى التفريق وما ههنا لما كان الوعيد لشبهة الربوا والربوا مخصوص بالبيع فوجب الفساد ولان في هذا لما كان شبهة الربوا ووجب الفساد لان شبهة الربوا ملتصقة بحقيقة الربوا فوجب الفساد كحقيقته

قوله ولان الثمن لم يدخل في ضمانه لان الثمن قبل القبض لا يدخل في ضمان البائع فاذا عاد اليه عين المبيع بالصفة التي خرج من ملكه وتقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصا سلم للبائع خمسمائة مغ سلامة الجارية له وهذه الزيادة ربح ما لم يضمن لانها تنشأ من زيادة الثمن الاول على الثمن الثاني (و)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهد فيه

والثمن الاول لم يدخل في ضمانه بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول واكثر لان الربح تم حصل للمشتري والمبيع دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باعه بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة * **قوله** ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها اي في المشتراة لكونه مجتهدا فيد ما ان شراء ما باع باقل مما باع قبل فقد الثمن جائز عند فلما ضعف الفساد فيها لم يتعد الى المضمومة اليها كما لو باع عبدا ومدبرا حيث يصح البيع في العبد لضعف فساد البيع في المدبر حتى لو قضى بجوازه يجوز ان قيل ليس انه اذا اسلم برافي شعير وزبيب يفسد في الكل عند اي خيئة ربح وكذا اذا اسلم قوهية في قوهية ومروية ثم ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيد لانه لو اسلم ثوبا هرويا في ثوب هروي يجوز عند الشافعي ربح وكذلك يجوز عنده اسلام القوهي في القوهي ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرن به وهو اسلام القوهي في المروي والبر في الزبيب فلماذا ليس بطريق تعدى الفساد كما زعم البعض بل باعتبار ان اعلام رأس المال شرط عنده والمسلم فيه مختلف فكان فساد السلم في كل واحد منهما لجهالة ما يخص كل واحد منهما من رأس المال والشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رح استضعف ذلك التعليل في المبسوط وقال بعد ذكر اسلام القوهية في القوهية والمروية وبهذا تبين ان الطريق ما قلناه في تعليل قول ايحيى في ربح في مسئلة اسلام الحنطة في الشعير والزبيب بان العلة المفسدة للعقد قد وجدت في الكل اما في حصة الشعير فظاهر وفي حصة الزبيب فقد جعل قبول العقد في الشعير شرطا في قبول العقد في الزبيب لان من جمع بين الشئيين في العقد الواحد فانه يكون شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما ولهذا الويل العقد في احدهما دون الآخر لا يجوز وهذا شرط فاسد والسلم بالشرط الفاسد يفسد بخلاف بيع القن والمدبر لان العقد في المدبر ليس بناسد ولهذا الواجب القاضي بيعه جار دون ما قاله بعض مشائخنا لا يخيئ في ربح ان الفساد اذا كان قويا مجمعا عليه تمكن في البعض تعدى الى ما بقي فان فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع عليه وسوى في الفصلين اي فصل اسلام الحنطة وفصل اسلام القوهية هي ما ذكرنا (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

اولا انه باعتبار شبهة الربوا اولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن والمقاصة فلا يسري الى غيرها *
قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد
ولو اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه
قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا
وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافنا في تعيين الزق المقبوض فالقول
قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافنا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف
في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة *

قوله اولانه باعتبار شبهة الربوا من حيث انه يعود اليه كل راس ماله مع زيادة ليس بازائها
ضمان وعوض وشبهة الربوا كحقيقته فلوا اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت
الى المشتراة لكانا قد اعتبرنا شبهة الشبهة وذلك لا يجوز **قوله** اولانه طارئ وله وجهان أحدهما
انه ما شرط في العقد ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول بل قابل الثمن بالجاريتين
وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن عليهما باعتبار قيمتهما فيصير البعض
بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فمح يفسد البيع فيما باع وهذا فاسد طارئ فلا يتعدى
الى الاخرى والآخرة المقاصة وذلك ان بائع الجارية اولما باعها بخمسمائة ثم اشترى
واخرى معها بخمسمائة تقاص الثمنان وبقي بعض الثمن فضلا من غير ان يقابله عوض
والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عند وقوع المقاصة
فيكون الفساد طارئا **قوله** لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد لان مقتضى العقد ان
يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى وزنه اقل من خمسين او اكثر فكان شرطا
مخالفًا لمقتضى العقد اولانه يؤدي الى جهالة المبيع او بوجوب ان يبقى له بعض الزيت
بغير الثمن او ان يؤدي ثمنه ما لا يصل اليه من الزيت **قوله** ضمينا كان كالمغصب او امينا
كالمودع **قوله** فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن والقول للمشتري لانه ينكر الزيادة (و)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل ذلك جاز عندنا بيمينه رخص وقال لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف التخزين وعلى هذا توكل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يلبه غيره لا يوليه ولان ما ثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصاركانه باشارة بنفسه فلا يجزيه

ولا يتحالفان وان اختلفا في الثمن لان اختلافهما في الثمن ثبت تبعا لاختلافهما في الزرق والاختلاف في الزرق لا يوجب التحالف لانه ليس بمعقود به ولا معقود عليه وكذا الاختلاف فيما ثبت تبعا لان حكم التبع لا يخالف حكم الاصل *

قوله ان الموكل لا يلبه غيره لا يوليد كمسلم يوكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية حيث لا يصح بالاتفاق وا بوحينته رخص يقول الوكيل انما يملك التصرف لكونه حرا قلا باغا ولهاذا يستغني عن الاضافة الى الموكل ويرجع الحق اليه والحاجة الى الموكل لانتقال حكم التصرف اليه والموكل اهل لانتقال ملك الخمر اليه ارثا وصورة الارث بان اسلم النصراني وله خنازير وخمور ومات قبل تسيب الخنازير وتخليل الخمر وله وارث مسلم يملكها فان قيل الوراثة ليست نظير مسئلتنا لان الوراثة امر جبري والتوكيل امر اختياري والامر الحكمي يوافق الجبري لا الاختياري فلما ثبتت الملك للموكل بعد تحقق الوكالة امر جبري ايضا حيث ثبت الملك له بدون اختياره كما في الموت وبالاتفاق ان الماذون له اذا كان نصرانيا اشترى خمر او مولاه مسلم ثبت الملك له فيها فيجب ان يكون هناك ذلك فان قيل ثبت بين الوكيل والموكل احكام المبايعة حتى ان التحالف يجري بينهما عند التجاهد ويثبت احتباس المبيع ويثبت الرد بالعيب هذه احكام المبايعة تثبت بسبب الوكالة فينبغي ان يمنع عن التوكيل الذي ثبتت هذه الاحكام لان المسلم كما هو ممنوع عن حقيقة الشراء ممنوع ايضا عما هو شبهه بالشراء بمباشرة حكمه لا ترى انه يمنع من قبض الخمر حكما للشراء الموجود منه حال كفره فلما هذه الاحكام تثبت مضافا الى الشراء لا الى الوكالة والشراء وجد باختيار الوكيل لاحكام الوكالة بخلاف القبض لانه يثبت بفعله واختياره وقد منع عن حقيقة (١)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولأبي حنيفة رح ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآخر امر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا اورثهما ثم ان كان خمر اخللها وان كان خنزير ايسيه * **قال** ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبرة او يكاتبه او امته على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعه لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا .

البيع باختياره فكذلك يمنع عما يثبت به شبهة الشرى باختياره وهو القبض وقولهما ان الموكل لا يليه غيره لا يوليه منقوض بمسائل منها ان الوكيل بشراء شيء بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه بمثل ذلك الثمن وله ان يوكل غيره بذلك ومنها ان الذمي اذا اوصى الى مسلم وقد ترك خمر او خنزير فان الوصي يوكل ذميا ببيعه وقسمته وان كان لا يملك هو بنفسه ومنها ان المريض في مرض الموت اذا باع بما يتغابن الناس في مثله وعليه ديون مستغرقة لما له لا يجوز ومن وصيه بعد موته يجوز ومتى جاز عند ابي حنيفة رح ان كان خمر اخللها وان كان ثمن خمر تصدق به لانه عوض الخمر فتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم شرابها حرم بيعها واكل ثمنها *

قوله ان العاقد هو الوكيل باهليته الاصل ان الوكيل عند ابي حنيفة رح اصل في حق نفس التصرف ونائب عن الموكل في حكم التصرف فيعتبر اهليته لنفس التصرف واهلية الموكل لحكم التصرف وعندهما نائب عن الموكل في حق نفس التصرف فيعتبر اهلية الموكل لنفس التصرف **قوله** ثم جملة المذهب فيه اي الاصل الكلي الشامل لغرض اصحابنا ان يقال كل شرط يقتضيه العقد اي يجب بالعقد بلا شرط كشرط الملك للمشتري في المبيع او شرط تسليم الثمن او تسليم المبيع لا يفسد العقد لانه ثبت بمطلق العقد فلا يفيد الشرط الا تأكيد وكذا كل شرط لا يقتضيه العقد الا انه يلازم البيع اي يؤكد موجهه كالبيع بشرط ان يعطي المشتري بالثمن رهنا او كفيل او هو معلوم بالاشارة (او)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

اولا انه يقع بسببه المنازعة فيعبر عن العقد من مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربو ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالتزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق

او التسميت لا يفسد العقد ايضا لان الرهن شرع وثيقة وتأكيد الجانب الاستيفاء واستيفاء الثمن موجب العقد فما يؤكده يلايم العقد والكفالة وثيقة لجانب المطالبة والمطالبة موجب العقد فما يؤكدها يلايم العقد فلا يفسد فان لم يكونا معلومين ففسد البيع لان جهالة الرهن والكفيل تقتضي الى النزاع فالماشتري يعطيه رهنا او كتيلا والبائع يطالبه بآخر وكل شرط لا يلايم العقد الا ان الشرع ورد بجوازه كالخيار والاجل ولم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كشراء النعل على ان يحدوها او يتركها لا يفسده ايضا استحسانا للتعامل وهو حجة يترك به القياس وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل ان يستحق حقا على الغير بان يكون آدميا يفسد العقد كبيع عبد بشرط ان لا يبيعه المشتري فان العبد يعجبه ان لا يتدأ اوله الايدي وان لم يكن من اهل الاستحقاق بان اشترى فرسا بشرط ان يعلفه كذا منا من الشعير او لم يكن فيه منفعة لاحد كشراء دابة او ثوب بشرط ان لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب وعن ابي يوسف رح انه يفسد به البيع *

قوله اول انه تقع بسببه المنازعة لانه متى كان منتعابا كان مرغوبا فيه وكان له طالب فيقع بسببه النزاع ومتى لم يكن مرغوبا فيه لم يكن زيادة تقدير او لم يكن له طالب فلا يؤدي الى الربو والنزاع فان قيل لما شرط المشتري والبائع شرطا في العقد فالظاهر انه يجري على موجهه فلا يؤدي الشرط حينئذ الى المنازعة قلنا يفسد العقد بالشرط بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط فبعد ذلك لا يجري الشرط على شرطه لان الشرط انما يراعى في البيع الصحيح (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ويقسمه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلوا عتقه المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عندا يحنيفة رح وقال يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر ولا يحنيفة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا اتلف من وجه آخر لم تحقق الملايمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملايمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا *

قال وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلها يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عن صفقتين في صفقة

قوله ويقسمه على بيع العبد نسمة والنسمة النفس من نسيم الريح ثم سميت بها النفس ومنها عتق النسمة والله تعالى باري النسم واما قوله ولو اوصى بان يباع عبده نسمة صححت الوصية فالمراد ان يباع للعتق اي لمن يريد ان يعتقه وانتصابها على الحال على معنى معوضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق وخصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانه اسم لما هو عرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعاني الافعال كذا في المغرب **قوله** لا ان يشترط فيه نفى لما قاله الشافعي رح ان تفسيره البيع بشرط العتق **قوله** فالحجة عليه ما ذكرناه اي من الحديث والمقول وهو انه يفضي الى الربوا والنزاع **قوله** فلا ينقلب جائزا اي بالاعتاق لان شرط الاعتاق متى كان مفسدا كان تحقيقه تقرير الفساد لا رفع الفساد كسائر الشروط المفسدة كما في البيع الى النير وزوالمهر جان **قوله** من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرناه (من)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

قال ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالذيون دون الاعيان *

قال ومن اشترى جارية الاحملها فالبيع فاسد والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لا اتصاله به خلقه وبيع الاصل يتناولها والاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الثلاثة

من ان قضية العقد الاطلاق والتخيير في جميع التصرفات لا الالتزام حتما ولكن يلايمه بحكمه لان العتق ينهي الملك فان الملك في بني آدم ثابت الى العتق والشيء بانتهائه يتقرر ومقرر الشيء مصحح له ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه فعلم بعيب به رجع بنقصانه بخلاف ما لو باعه فاذا استهلكه فقد تقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم فاذا اعتقه تحققت الملايمة بحكم العتق وهو انتهاء الملك به فترجح جانب الجواز فكان الحال قيل ذلك موقوفا بين ان يبقى فاسدا كما كان او ينقلب الى الجواز بالاعتاق *

قوله لان الاجل في المبيع العين قيد بالعين احتراز عن المسلم فيه لان الاجل شرع ترفيها لينسكن المشتري من التحصيل في مدة الاجل اما العين فحاصل فلا حاجة الى ذكر الاجل للترفيه فاذا شرط فيه يكون شرطا فاسدا والبيع يفسد بالشرط الفاسد **قوله** والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد لان عدم جواز الافراد بالعقد يدل على انه بمنزلة طرف من اطراف الحيوان واستثناء الاطراف لا يصح لان الاستثناء تصرف فيما يدخل تحت اللفظ قصد الاتباع والاطراف بمنزلة الاوصاف يكون دخولها تبعا فاذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا لانه خلاف موجب العقد **قوله** فلا استثناء يكون على خلاف الموجب أي موجب العقد لان العقد يتناولها وعلى خلاف موجب الاستثناء لان الاستثناء يصح فيما يدخل مقصودا في صدر الكلام وهذا دخل الحمل نيعا لا مقصودا والكتابة والهبة والاجارة والرهن (بمنزلة)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة

بمنزلة البيع بان يقول كاتبتك الاحمك او وهبتك الاحمك او رهنك الاحمك *
قوله غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد اي ما يقوم به العقد كما اذا كاتب المسلم عبدا على خمرا وخنزيرا وقيمه واما لو شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج لان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد فبطل الشرط وصح العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين. في الحالين وفي شرح الطحاوي الاستثناء لما في البطن على ثلث مراتب في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وهو البيع والاجارة والكتابة والرهن وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وهو الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا يبطلها الشروط الفاسدة فتصح ويبطل الاستثناء لان الفساد بالشرط باعتبار افضائه الى الربوا فيتحقق في المعاوضات دون التبرعات والاسقاطات وتدخل في العقد الام والولد جميعا وفي وجه الاستثناء جائز والعقد جائز وهو ما اذا اوصى بجارية لانسان واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية اخت الميراث ويجري الارث فيما في البطن بخلاف ما لو اوصى بجارية لانسان واستثنى خدمتها وغلتها حيث تبطل الاستثناء لان الخدمة والغلة لا يجري فيهما الارث الا ترى ان الموصي له بالخدمة والغلة لومات (بعد)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

على مامر* ومن اشترى نعلًا على ان يخذه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال رضى مذكوره جواب القياس

بعد صحة الوصية تعود الى ملك الموصي ولا يصير موروثا عن الموصي له وكذا الواوصي برقبته الانسان وبخدمتها الاخر ومات الموصي له بالخدمة عادت الخدمة الى مالك الرقبة دون ورثة الموصي له بالخدمة بخلاف الوصية بما في البطن حيث يصير ميراثا عن الموصي له فان قيل لما كان الاصل ان مالا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه لزوم من هذا ان ما يصح افرادة بالعقد يصح استثناءه والخدمة في الوصية مما يصح افرادة بالعقد بان قال اوصيت بخدمته هذه الجارية لفلان فانه يصح فوجب ان يصح استثناءه قلنا يمنع اول الزوم ذلك العكس الا ترى انه ذكر في الاجارات وما جازان يكون ثمننا في البيع جازان يكون اجرة لم يلزم من هذا ان كل مالا يصلح ثمنًا لا يصلح اجرة بل يصلح اجرة وان لم يصلح ثمنًا كالا عيان التي لا تجب في الذمة فانها لا تصلح انما ناولتصلح اجرة ثم لو سلمنا ذلك فالجواب من عدم صحة الاستثناء وجوه احدها ان الاستثناء تصرف في اللفظ فيصح الاستثناء فيما يدخل في المستثنى منه ولفظ الجارية لا يتناول الخدمة فلم يصح استثناءه والثاني ان الوصية ليست بعقد الا ترى انه يصح قبول الموصي له بعد موت الموصي فلا يتناولها ما ذكر من لفظ العقد مطلقا ولذلك يدخل الموصي به في ملك ورثة الموصي له بدون القبول بان مات الموصي له قبل القبول فلا يكون عقدًا والثالث اننا لو قلنا بصحة استثناء الخدمة يلزم ان ترد الخدمة الى ورثة الموصي والارث لا يجري في الخدمة لان الارث يجري في الاعيان دون المنافع فلذلك قلنا بان الاستثناء لا يصح*

قوله على مامر وهو قوله ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شيء من الثمن الى آخره **قوله** ومن اشترى نعلًا على ان يحذوها اراد بالنعل الصرم وهذا من تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه هذا النعل بالمثال قطعها به وحذا نعلًا عملها شركة النعل من التشريك ووضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم وهو مثل في القلة كذا في المغرب (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعاامل فيه فصا ركصبغ الثوب وللتعاامل جوزنا الاستصناع * والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي فضية الى المازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه *

قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيها

قوله ووجهه ما بينا وهو قوله لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين الى آخره وجه الاستحسان ان فيه عرفا ظاهرا وفي النزوع من العادة حرج بين فصا ركصبغ الثوب لان القياس ان لا يجوز لان الاجارة بيع المنافع والصبغ عين وجوزناها للتعاامل والاستصناع فان بيع المعدوم لا يجوز وانما جوزناه للتعاامل **قوله** والبيع الى النيروزاي بتاجيل الثمن الى النيروز والمهرجان تعريب مهر كان وهو اسم للخريف **قوله** لجهالة الاجل لان النيروز مختلف بين نيروز السلطان ونيروز الدهاقين ونيروز المجوس **قوله** لابتنائها على المماكسة اي لا ابتناء البيوع المكس في البيع استنقاص الثمن من باب ضرب والمماكسة والمكاس في معناه والمكس ايضا الجبنانة وهو فعل المكاس العشار ومنه لا يدخل صاحب المكس في الجنة **قوله** لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما كذا ذكره التمر تاشي رح **قوله** الى قدوم الحاج اي الى وقت قدوم الحاج **قوله** لانها تتقدم وتتاخر لانها من افعال العباد فيثبت بحسب ما يبدول لهم والاحمال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسألونك عن الالهة قل هي مواقيت للناس **قوله** وهذه الجهالة يسيرة مستدركة اي يمكن تداركها وازالتها لاختلاف الصحابة فيها فان عائشة رضي كانت تجيز البيع الى العطاء وكان ابن عباس رضي (لا)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولأنه معلوم الأصل الاتري أنها تحتل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان
ففي الوصف أولى بخلاف البيع فإنه لا يحتلها في أصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما إذا باع
مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز لأن هذا تأجيل الدين وهذه الجهالة
فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يبطل بالشرط الفاسد *
ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد
والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً وقال زفر رح لا يجوز لأنه وقع فاسداً فلا يثقلب جائزاً

لا يجوز ذلك واختلاف الصحابة رضي الله عنهم دليل على أن الجهالة يسيرة إذا خلافت
لاحد في فساد البيع عند تقاضى الجهالة كالبيع إلى هبوب الريح ومجيئ المطر *
قوله ولأنه معلوم الأصل يحتل وجهين أحدهما أن المكفول به وهو أصل الدين معلوم
وأنما المجهول وصفه وهو الأجل والوصف تابع الأصل ثم الجهالة إذا كانت في أصل الدين
متحملة في الكفالة بأن تكفل بما ذاب له على فلان ففي الوصف أولى والجهالة لا تحتل
في ثمن المبيع نكذا في وصفه إذ الوصف لا يخالف الأصل والثاني وهو الوجه أن أصل
هذه الأشياء معلوم الوقوع في تلك السنة وأنما المجهول وصف التقدم والتأخر فكانت الجهالة
يسيرة حتى لو كفل إلى هبوب الريح أو مجيئ المطر لا يصح لأن أصله غير معلوم في تلك السنة
قوله نكذا في وصفه لأن الوصف لا يخالف الأصل فإن قيل الوصف أدنى من الأصل
فلا يلزم أن يكون مثل الأصل في كونه مفسداً فلنا معنى الإفضاء إلى النزاع يشملهما
ولا منازعة في الكفالة لأنه تبرع ابتداء فتبني على المسامحة **قوله** ولو باع إلى هذه الآجال
أما قيد بقوله إلى هذه الآجال احترازاً عن البيع إلى هبوب الريح أو مجيئ المطر ثم تراضيا على
اسقاط تلك الآجال وفي المبسوط وهذا بخلاف البيع إلى هبوب الريح وأمطار السماء
لأن ذلك ليس بأجل لأن الأجل ما يكون منتظراً لوجود هبوب الريح وأمطار السماء
قد يتصل بكلامه فعرّفنا أنه ليس بأجل بل هو شرط فاسد ولا جله فسد العقد (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وصار كما سقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرر هذه الجهالة في شرط ائدلا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم استطا الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراصيا خرج وفاقالا ان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه *

قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابو حنيفة ر ح وقال ابو يوسف ومحمد ر ح ان سمي لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية وان جمع بين عبد ومدبر وبين عبدة وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة وقيل زفر ر ح فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتبه وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد منهما لانه مجهول

قوله فصار كما سقاط الاجل في النكاح الى اجل اي على اصلكم واما على قول زفر ر ح فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل كما مر في النكاح **قوله** بطل البيع فيهما سمي لكل واحد منهما ثمنا ولم يسم عند ابو حنيفة ر ح وفي المبسوط بلفظ الفساد فيهما حيث قال فاذا احدهما حر والبيع فاسد فيهما ولا شك في ان البيع باطل في الحراما في القن فما ذكر في اصول النخبة لشمس الائمة ر ح يدل على ان العقد في القن فاسد لا باطل حيث قال ابو حنيفة ر ح فيما اذا باع حرا وعبد او سمي ثمن كل واحد منهما لم ينقذ العقد صحيحا ولم يقل لم ينقذ العقد في العبد ا صلاح **قوله** عقد غير عقد النكاح لان النكاح عقد مندوب اليه والمتعة منهية فلا يكون عقدا لنكاح والعقد لا ينقلب عقدا آخر **قوله** فسد فيهما اي في الفصلين وهو الجمع بين العبد والمدبر والجمع بين عبدة وعبد غيره **قوله** ومتروك التسمية عامدا كالميتة فان قيل ينبغي ان يجوز العقد فيما ضم اليه لانه مجتهد فيه كالمدبر فان الشافعي ر ح قائل بجمله فلنا حرمة منصوص عليها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ القضاء ومن جمع بين وقف وملك صح في الملك في الاصح (قوله)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

ولا بي حنفية رح وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرط البيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد اقيام المالية ولهذا ينقضي عدا الغير باجازه وفي المكاتب برضاة في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي

قوله ولا بي حنفية رح وهو الفرق بين الفصلين بيانه ان من جمع بين شيئين في العقد فقد جعل قبول العقد في كل واحد منهما شرط للعقد على الآخر ولهذا لا يملك المشتري القبول في احدهما دون الآخر والحر والميتة لا يقبلان البيع اصلا لانهما ليسا بمال فيكون جاعلا لقبول العقد فيما لا يقبل العقد اصلا شرط للعقد على العبد والذكية وهو شرط فاسد والبيع يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح فانه لا يبطل **قوله** والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرط البيع في العبد فان قيل اذا بين ثمن كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة فمح لا يكون القبول في الحر شرط في العبد قلنا اذا لم يكرر الايجاب تكون الصفقة متحدة وان سمي لكل واحد من المبيع ثما وصدا تحا الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطاً لصحة البيع في الآخر فكان قبول الحر شرطاً لصحة البيع في العبد وهو شرط فاسد فيفسد به البيع فان قيل الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين حتى يكون في معنى الربوا فلا يوجد ذلك في اشتراط قبول الحر في حق الثمن فلا يفسد قلنا ذلك غير مسلم في كل شرط بل وجود شرط هو مخالف لمقتضى العقد كاف في افساد البيع ولئن سلمنا ذلك قلنا هو موجود في قبول الحر ايضا وذلك لان قبول الحر قبول لبدله وبديل الحر مال متقوم والحر ليس بمال فلا يكون بدله مقابلا بمال فكان بدله خاليا عن العوض فكان ربوا وذلك لانه اذا باعهما بالف صار كان البائع قال بعث هذا العبد بخمسمائة على ان تسلم الي خمسمائة اخرى وهو عين الربوا باعتبار انه فضل خال من العوض في البيع وقال انما يشترط قبول العقد في احدهما بقبول العقد في الآخر اذا صح الايجاب (فيهما)

(كتاب البيوع باب البيع الفاسد)

وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبد بين وهلك أحد هما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا يباع بالحصصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فيهما حتى لا يكون المشتري ملحقاً للضرر بالبائع في قبول العقد في أحد هما دون الآخر وذلك ينعدم إذا لم يصح الإيجاب في أحدهما وصار هذا كما إذا اشترى عبد أو مكاتباً أو مدبراً فالبيع يفسد في المدبر أو المكاتب ويبقى العقد صحيحاً في العبد كذا ههنا وأبو حنيفة رح يقول البائع لما جمع بينهما في الإيجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد في الآخر وقولهما أن هذا عند صحة الإيجاب فيهما قلنا عند صحة الإيجاب فيهما يكون هذا شرطاً صحيحاً ونحن إنما ندعي الشرط الفاسد وذلك عند فساد الإيجاب لأن هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلامه لا باعتبار وجود المحل فيهما وذكر الكرخي رجوع أبي يوسف رح في فصل من هذا الجنس إلى قول أبي حنيفة رح وهي مسألة الطوق والجارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما بينا في الصرف فاستدلوا برجوعه في تلك المسألة على رجوعه في جميع هذه المسائل لأن الفرق بينهما لا يتضح *

قوله وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وهذا بناء على أن جواز بيع أم الولد مختلف بين الصحابة رضي الله عنهم جواز علي كرم الله وجهه بيع أم الولد والباقون رضى لم يجوزوا ثم اجمع المتأخرون على عدم جواز بيع أم الولد والاجماع المتأخرون رافعا للاختلاف المتقدم عند محمد رح وعندهما لا يكون رافعا لهذا يجوز بيعها بقضاء القاضي عندهما **قوله** إلا أن المالك هذا استثناء عن قوله وقد دخلوا تحت العقد **قوله** فكان هذا إشارة إلى البقاء أي فكان قوله ردوا البيع إشارة إلى انعقاد البيع وبقائه حتى يحتاجوا إلى الرد وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع لدخولهم تحت العقد ولا يباع بالحصصة ابتداء لانعقاد العقد وبقائه فيهم والله أعلم (فصل)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه):

* فصل في احكامه *

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد باصر البائع وفي العقد عوضان كلواحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدرهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال

* فصل في احكامه *

قوله واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد باصر البائع وكل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقائدة هذه القيود ظاهرة وانما وجبت القيمة في البيع الفاسد لان الاصل ان ينقذ البيع بقيمة المبيع لان العدل فيه غير ان في القيمة ضرب جهالة لا اختلاف المتومين فاقيم المسمى مقامها صيانة للبيع عن الفساد واذا فسد البيع بوجه آخر تعذر العدل عن القيمة الى المسمى فيصير الى الاصل **قوله** وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور لكونه منها عنه فلا ينال به نعمة الملك لا شرط الملازمة بين الموتر والاثر والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى درك المطالب **قوله** ولان النهي نسخ للمشروعية اي على اصل الشافعي رحمه الله للتضاد لان المشروعية تقتضي كونه حسنا وكونه منها عند يقتضي كونه قبيحا وبينهما تضاد **قوله** ولهذا لا يفيد قبل القبض يعني ان البيع على ما شرعه الله سبحانه موجب للملك بنفسه لا بالقبض فاذا اتصل به ما منعه من الملك تحقق مانع لقيام العلة بلا حكم فلما بقي المانع مع القبض كان المانع قائما بخلاف الهبة فانها لا توجب الملك الا بالقبض لانها ليست بعلة في نفسها بدون القبض فكان عدم العمل لنقصان في العلة لا لمانع وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد كالمقبوض على سوم الشراء فانه مضمون بالقيمة ولا عقد (قوله)

:(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه):

وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال
نعمة الملك وانما المحذور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض
كيلا يؤدي الي تقرير الفساد المجاورا وهو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى

قوله وفيه الكلام اى الخلاف فيما اذا كان مبادلا المال بالمال اما اذا لم يكن العوضان
اواحدهما مالا فالبيع باطل اجما عا لعدم ركنه ولا نزاع فيه **قوله** والنهي يقرر المشروعية عندنا
لاقتضائه التصور لانه يقتضي تصورا لمنهي عندنا ذى النهي عما لا يتصور لغولان النهي يراد به
عدم التعل مضافا الى اختيار العبد فيعتمد تصوره ليكون العبد مبتلى بين ان يكف عنه باختياره
فيثاب عليه وبين ان يفعل باختياره فيعاقب عليه وتصورا لمشروع بشرعيته فكان النهي لمعنى
في غير المنهي عنه فيصير مشروع عا با صلا غير مشروع بوصفه فيصير فاسدا فثبت ان نعمة الملك
ما نيطت بالمحذور بل بالمشروع **قوله** وانما المحذور ما يجاوره فان قيل هذا من قبيل
ما يتصل به المعنى وصفا لا من قبيل ما يجاوره المعنى جمعا كما عرف في اصول الفقهاء فلنا اراد
بالمجاورة ان الفساد ليس لمعنى في عين المنهي عنه بل لمعنى في غير المنهي عنه وهو الشرط
الزائد مثلا **قوله** كالبيع وقت النداء فان النهي ثمه ورد لمعنى في غير المنهي عنه
وهو الاشتغال عن السعي بسبب البيع والاشتغال عن السعي فهو البيع فان قيل ذلك البيع
مكروه وهذا فاسد فما وجه الالتحاق قلنا هما يتحدان في ان النهي فيهما غير راجع الى
غير المنهي عنه ومن هذا الوجه صار حكم المتصل وصفا حكم المجاور جمعا فيصح قياس
احدهما على الآخر لا اشتراكهما في امر هو مقصود المصنف وايضا ان غرض المصريح ببيان
ان حكم المنهي عنه ليس هو البطلان كما هو كذلك عند الخصم ثم الكراهة مع الفساد
يتشاركان من حيث ان حكم كل واحد منهما ليس بباطل ويفترقان من حيث
ان ذلك الغير هنا متصل به وصفا فاثري الفساد وثمره مجاور فاثري الكراهة اظهارا للقصور
قوله كيلا يؤدي الي تقرير الفساد المجاور وذلك لاننا لو ثبتنا الملك قبل القبض لكانا (مشتبين)

(كتاب البيوع... باب البيع الفاسد... فصل في احكامه):

ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالتببيع فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مشمنا فقد خرجناه وشي آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنالا مشمنا

مشتين ذلك بالبيع الفاسد لانه لا موجب للملك هناك سواء بالبيع مشروع بشرع الله تعالى فكان الفساد مضافا الى الشارع فكان فيه تقرير الفساد ولا يجوز ذلك اما لو قلنا بثبوت ملك بعد القبض كان القبض مشبها للملك لوجوب الضمان على القابض كما في القبض على سوم الشراء فكان تقرير الفساد مضافا الى العباد وذلك ليس ببعيد ولانه لو ثبت الملك قبل القبض لثبت بلا عوض اذا المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولان القبض واجب الدفع والنقض بالاسترداد بعد القبض وفعال الفساد المتصل به فلان لا يجب الملك قبل القبض حتى يثبت الامتناع عن المطالبة او لى لان هذا اسهل وابعد عن العبث اذ لو قلنا يسلم ثم يسترد المبيع من المشتري بعد القبض كان فيه نوع عبث *

قوله ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالتببيع يعني ان سبب الملك قد ضعف لاقتران الشرط الفاسد به والشيء اذا كان ضعيفا واهيا لا يترتب عليه حكمه وموجبه الا بانضمام ما يؤكد كما في الهبة فيكون انعدام الملك قبل القبض لقصور السبب في نفسه لا مانع آخر **قوله** فقد خرجناه وهو ما ذكر في اول الباب ان المبيع هو المقصود في البيع وفي جعل الخمر مبيعا مقصودا اعزازه والشرع امر باهانتها وترك اعزازه فكان بيع الخمر باطلا **قوله** وشي آخر يعني دليل آخر على بطلان بيع الخمر وهو ان الواجب في بيع الخمر هو القيمة وهذا لان الخمر اذا جعل مبيعا فلو انعقد هذا البيع انما ينعقد لوجوب القيمة ضرورة عجز المسلم عن تملك الخمر وتملكه كالنصراني اذا تزوج نصرانية على خمر ثم اسلم تجب النيمة والقيمة الواجبة في الذمة لا تصلح مبيعا لان القيمة هي الدراهم والدنانير اذ بهما تقوم السلع وهما ثمنان فلا يصيران مشمين (**قوله**)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه) .

ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الانتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحرو والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى *

قوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اراد به قوله بامر البائع فعلم بهذا ان المراد من الامر الاذن **قوله** وهو الظاهر اي شرط الاذن للقبض ظاهر الرواية الا انه يكتفى به اي بالاذن دلالة **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماها الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه هي الرواية المشهورة ثم قال وذكر في الزيادات انه اذا قبضه بحضرته ولم ينهه فانه يثبت الملك ولم يجز خلافا لان العقد تسليط على القبض فاذا قبضه بمحضرمه ولم يمنع يثبت الملك ووجه المشهور من الرواية ان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض وهذا بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه **قوله** والبيع مع نفي الثمن اي في رواية لانه اذا نفى الثمن فقد نفى الركن عن العقد فلم يكن بيعا وفي رواية ينقذ لان نفيه لم يصح لانه نفى بحكم العقد واذا لم يصح نفيه صار كانه سكت عن ذكر الثمن ولو باع وسكت عن ذكر الثمن ينقذ البيع ويثبت الملك بالقبض لان مطلق العقد يقتضي المعاوضة فاذا سكت كان غرضه قيمته **قوله** انه باع بقيمته

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه)

قال وليكنوا حد من المتعاقدين فسخه رفعاً للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً عنه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط **قال** فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فيملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني وتنقض الاول لحق الشرع

قوله ولكل واحد من المتعاقدين فسخه يريد به ان لكل واحد منهما ولاية الفسخ لان يريد ان الفسخ حق لكل واحد منهما لان الفسخ مستحق حقاً لله تعالى لان اعدام الفساد واجب وقبل القبض لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً عنه ولكنه يوقف على حضرة الآخر لانه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا يعلمه **قوله** وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وثيام العقد بالعوضين فكل فساد تمكن في احد العوضين يكون فساداً في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمراً وخنزير لقوة الفساد فيجب اعدامه حقاً للشرع فان كان الفساد بشرط زائد بان باع الى اجل مجهول فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد وفي الايضاح هذا قول محمد رحمه الله لان منفعته الشرط اذا كانت عائدة اليه كان الفسخ منه صحيحاً فاما اذا فسخ الآخر فقد ابطال حقه لانه كان قادراً على تصحيح العقد بحذف الشرط وهذا يقولان بان الفسخ مستحق شرعاً فانتهى اللزوم عن العقد ومن له الشرط وان كان قادراً على التصحيح بالحذف لكن الكلام قبل الحذف **قوله** وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني فان قيل كان ينبغي ان ينقطع حق الاسترداد للبائع من وارث المشتري شراء فاسداً لتعلق حق الوارث ولم ينقطع كما لا يبقى له حق الاسترداد من الموصى له فلما كان كذلك لان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانه نقل الى الوارث كذلك حتى لو مات (١)

﴿ كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه ﴾

وحق العبد مقدم لحاجته ولأن الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشغوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروع وعينه وما حصل بتسليط من الشفيع *

قال ومن اشترى عبدا بخمرا او خنزيرا فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالتبض فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان

البائع كان لو ارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد واما الموصى له فهو بمنزلة المشتري الثاني لان له ملكا متجددا لثبوته بسبب اختياري منشأ ولهذا لا يرد بالعيب *

قوله وحق العبد مقدم لحاجته فان قيل يشكل على هذا ما اذا كان حلالا وفي يده صيد ثم احرم بحجب عليه ارساله وفيه تقدم لحق الله تعالى على حق العبد قلنا الواجب الجمع بين الحقيقتين وانما يصار الى الترجيح اذا لم يمكن وههنا امكن بان يرسل من يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه **قوله** بخلاف تصرف المشتري في الدار المشغوعة وجه الورود انه لما قال سقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد ورد عليه ان تصرفات المشتري في الدار المشغوعة من البيع والهبة وغيرها صحيحة كتصرف المشتري شراء فاسدا ومع ذلك بقي للشفيع نقض هذه التصرفات فاجاب ان كل واحد منهما حق العبد وكل واحد من تصرف الشفيع والمشتري مشروع غير موصوف بالفساد فلما استويا في هذين الوصفين يرجح حق الشفيع لمعنيين أحدهما ان حق الشفيع مقدم بالترجيح السابق والثاني ان هذه التصرفات التي وجدت من المشتري في الدار المشغوعة ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال بان في نقضها سعي في نقض ما تم من جهته بخلاف المبيع بيعا فاسدا فان تصرف المشتري هناك وجد بتسليط من البائع فلا يجوز له نقض تصرفات المشتري منه اذ لو جاز يلزم الشفيع في نقض ما تم من جهته وفي الذخيرة (لان)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه)

الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المالك وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف
الاجارة لانها تفسخ بالا عذار و دفع الفساد عذروا لانها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً
قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به

لان التسليط انما يثبت بالاذن نصاً او بآيات الملك للتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع
فان قيل في نقض البيع الاول ايضا سعي في نقض ما تم من جهته قلنا ذاك باعتبار رفع الفساد
لا باعتبار نقض ما تم من جهته فلما باع المشتري شراء فاسد اجعل ذلك العين غير ذلك العين
لان تبدل الاسباب ينزل منزلة تبدل الاعيان فلم يبق له حق الاسترداد بعد ذلك اذ لو بقي له
حق الاسترداد يكون منه السعي في نقض ما تم من جهته خالصاً لما ان البيع الثاني صحيح
ولا فساد فيه حتى يحال تمكن الاسترداد منه الى رفع الفساد بخلاف البيع الاول *

قوله الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المالك وفك الرهن لزوال المانع وهذا
انما يكون ان لو كان عجز المالك وفك الرهن قبل قضاء القاضي بالقيمة وكذا الرجوع
في الهبة بقضاء القاضي او بدونه اورد عليه بالغيب في البيع قبل ان يقضي القاضي عليه
بالقيمة يعود حق الاسترداد للبائع وان كان بعد قضاء القاضي فقد يحول الحق الى القيمة
فلا يعود الى العين بعد ذلك كما لو ابق المصوب فقضى القاضي بالقيمة ثم عاد كذا
في المبسوط **قوله** وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالا عذار ولم يذكر محمد رحمه الله
من يفسخ الاجارة وذكر في النوادر ان القاضي هو الذي يفسخ والتزويج يشبه الاجارة لوروده
على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ يرد على ملك الرقبة ايضا فتعلق حق الزوج
بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم كذا في الذخيرة والايضاح
قوله وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن وذكر الامام الترمذي رحمه الله
انما اشترى عبداً بيعاً فاسداً واستأجره اجارة فاسدة ونقد الثمن والاجارة او ارتهن
رهناً فاسداً او اقترضه قرضاً فاسداً واخذ به رهناً فله ان يحبس ما اشترى وما استأجره (و)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه)

فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا **قال** ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله روى يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال لا ينقض البناء ويرد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان

وما ارتهن حتى يقبض مانقا اعتبارا بالعقد الجائر اذا تفا سخالان هذه عقود معاوضة توجب التسوية بين البدلين فان مات البائع او المواجه او الرهن او المستقرض فالذي في يده العبد والرهن احق بثمنه من غرماء المبت بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يكن قبض المحتال له الدين او الوديعة من المحتال عليه حيث لا يختص المحتال له دين الحوالة والوديعة فان قيل دين المحيل على المحتال عليه صار مشغولا بحق المحتال له فيجب ان يكون المحتال له اخص به كما في الرهن قلنا مجرد الحق بدون ثبوت اليد لا يوجب الاختصاص كما لا دون اذا الحقه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو لحقه دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص *

قوله فيصير محبوسا به اي بالثمن كالرهن يصير محبوسا بالدين الا ان الرهن مضمون باقل من قيمته ومن الدين وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب **قوله** وهو الاصح احتراز عن رواية ابي حفص رح قال الامام التمر تاشي رح ذكر بكرر رح فان كان المنقود قائما هل يتعين على رواية ابي حفص رح لا وعلى رواية ابي سلمان رح يتعين وعلى هذا يجب ان يكون المقبوض بغرض فاسد وكذا الوباغ دراهم بدراهم الى اجل فهو فاسد وهل يتعين المقبوض للرد فهو على الروايتين وذكر البرعي رح في الجامع الدراهم في البيع الفاسد انما تتعين اذا كان البيع الفاسد صريحا وان لم يكن صريحا لا تتعين **قوله** لانه بمنزلة المغصوب اي الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب **قوله** لما بينا اشارة الى انه

بمنزلة المغصوب والحكم في المغصوب كذا لك

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل في احكامه)

حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا بينائه وشك يعقوب في حفظ الرواية من ابي حنيفة رح وقد نص محمد رح على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبناه على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوتها على الاختلاف *

قوله حق الشفيع اضعف فلماذا يحتاج الى الرضاء او القضاء ولا يورث بخلاف حق البائع ولهذا ثبت حق البائع في الاسترداد من غير قضاء ولا رضاء المشتري ويورث هذا الحق ولا يورث حق الشفعة وكذا حق البائع انضم اليه حق الشرع حتى يجب عليهما نقض هذا البيع ولا يجب على الشفيع الاخذ بالشفعة ثم ينقض بناء المشتري لحق الشفيع فلحق البائع اولى ولا يخنيفة رح ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام اذ البناء ليس بالنقض والغرس ليس للقطع والمشتري يتضرر بنقض البناء والغرس ضررا بلا جائز والبائع يتضرر مع جائز مع انه حصل بتسليطه فكان رعاية حق المشتري اولى فينقطع للبائع حق الاسترداد كما لو باعه المشتري بيعا صحيحا بخلاف الشفيع لانه لم يحصل البناء بتسليط الشفيع فان قيل اذا نقض البناء والغرس على تقدير الاخذ بالشفعة يجب ان يعود حق البائع في الاسترداد لزوال المانع كما اذا باعه المشتري بيعا صحيحا ثم انتقض البيع بما هو منتقض من كل وجه قلنا المانع من الاسترداد يزول بعد ثبوت الملك للشفيع وملك الغير مانع مودحه كملك المشتري الثاني الا ترى ان المشتري لو باعها ينقض الشفيع البيع الثاني ولا يعود حق البائع في الاسترداد لان نقض البناء انما وجب ضرورة بقاء حق الشفيع فلو عاد حق البائع به لصار عا ئدا على موضوعه بالنقض لانه صار نقض البناء للشفيع ليكون له الا لان لا يكون له ولان النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضى من انقضاء للمقتضى وهو التسليم الى الشفيع **قوله** وشك يعقوب في حفظ الرواية يعني شك (انه)

قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقا بضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيها ان العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدرهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلا يتمكن الخبث فلا يجب التصديق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك فعند ابي حنيفة ومحمد رح يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون البازل عنها *

قال وكذلك اذا ادعى على آخر ما لا فضا اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا

انه هل سمع من ابي حنيفة رح انه ينقطع حق البائع ببناء المشتري في الشراء الفاسد ام لا ولم يشك في الاختلاف وقد نص محمد رح على الاختلاف في ثبوت الشفعة وثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فيكون نصا على الاختلاف في انقطاع حق البائع بالبناء لان التنصيص على الاختلاف في الفرع يكون تنصيصا على الاختلاف في اصل ذلك الفرع *

قوله والفرق ان الجارية مما يتعين والاصل ان الخبث نوعان خبث لعدم الملك ظاهر وخبث لفساد في الملك والمال نوعان ما يتعين كالعروض وما لا يتعين كالنقود فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين كالملود والغاصب اذا تصرف في العروض والنقود ادى ضمانهما للمالك وبقي الربح يتصدق بالربح عند ابي حنيفة ومحمد رح لتعلق العقد بمال غيره ظاهر فيما يتعين فيتمكن حقيقة الخبث وفيما لا يتعين يتمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث سلامة المبيع به او تقدير الثمن فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث واما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثم شبهة هنا فتعتبر وشبهته فيما لا يتعين ثم ينقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر وكذلك اذا ادعى على آخر ما لا اي درهم او دينار *

(قوله)

(كتاب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل فيما يكره ثم)

لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين *

* فصل فيما يكره *

قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال ع م لا تناجشوا **قال** وعن السوم على سوم غيره قال ع م لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولا ان في ذلك ايحاشا واضرار او هذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما ذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا **قال** وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضرب اهل البلد فان كان لا يضرب فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر **قال** وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال ع م لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز

قوله لان الدين وجب بالتسمية اي بتصادقهما لان المرء مواخذ باقراره في الحكم فاذا تصادقا ان الدين لم يكن عليه صار بمنزلة ما لو استحق الدين فيفسد الملك في عوضه لان بدل المستحق مملوك ملكا فاسدا كما لو باع امته بالثمن وتقابضا فاستحققت الامته كان الثمن مملوكا للبائع ملكا فاسدا للوجوب رده عليه ولكن لا يبطل فيتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة فيتمكن في الربح شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر والله اعلم بالصواب *

* فصل فيما يكره *

قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو يفتحن وروي بالسكون ان تستام السلعة باز يد من ثمنها ولا تريد شراء هابل ليراك الآخر فيقع فيها وكذا في الكاح وغيره ومنه الحديث نهى عن النجش ولا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك كذا في المغرب قوله عليه السلام لا تستام نهى بصيغة التثنية وهو ابلغ **قوله** وعن تلقي الجلب جلب المشي جاء به من بلد الى بلد (للتجارة)

(كتاب البيوع... باب البيع الفاسد... فصل فيما يكره - نوع منه)

وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر **قال** والبيع صندا اذا انجمعت قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة **قال** كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة * **قال** ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه *
* نوع منه *

قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذورحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عم من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم علي رضي الله تعالى عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعتهما فقلت ادرك ادرك ويروى ارد داردد ولان الصغير يستأنس بالصغير والكبير والكبير يتعاوده فكان في بيع احدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاود وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعده عليه

للتجارة جلبا والجلب المجلوب ومنه نهى عن تلقي الجلب كذا في المغرب * **قوله** وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي وقيل هو ان يتولى المصري عمن جاء من خارج مصر ليغالي في القيمة **قوله** ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه يعني اذا قعد او وقف قائمين لاجل البيع واما اذا كانا يمشيان وبيعان فلا بأس بذلك **قوله** وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه وهو قوله والمعتبر هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال **قوله** ولا يفسد به البيع حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض **قوله** وتفسيره ما ذكرناه وهو قوله فاذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد **قوله** ما فعل الغلامان اني ما حالهما قدامي يروى ارد داردد اي استرد (قوله)

(كتاب البيوع... باب البيع الفاسد... فصل فيما يكره - نوع منه)

ثم المانع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد ولا بد من اجتماعهما في ملكه

قوله ثم المانع معلول بعلّة القرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب كما مرأة الاب ولا قريب غير محرم كابن العم فان قيل آليس ان الحربي اذا دخل دارنا بغلامين اخوين صغيرين بامان فاراد ان يبيع احدهما فلا بأس بالشراء منه وان كان فيه تفريق قلنا لانه لو لم يشتر منه لعاد به الى دار الحرب وشراؤه منه انظر من مراعاة التفريق **قوله** ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وهو القريب المحرم فان قيل قوله لان النص ورد بخلاف القياس مخالف لما ذكر فيما قبله من المعنى المعقول وهو قوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاوده الى آخره قلنا النص لا يدل ان يكون معقولا لان الشارع لا يتناقض حججه كما قلنا ان في حديث القهقهة معنى معقولا وهو ان القهقهة جنائية في مقام المناجاة مع الرب فوجب نقض الطهارة جزاء لجنائته لمنع مقصوده من المضي في الصلوة بتلك الطهارة وكذلك نقول في السلم انها شرعت لدفع الحاجة وكذلك في بقاء الصوم مع الاكل ناسيا ان فساد الصوم يتعلق بترك الاتمام مختارا والناسي ليس بمختار في الترك بل هو مجبول عليه من جانب من له الحق ومع ذلك نقول هذه النصوص وردت بخلاف القياس لمخالفته الدليل الظاهر فعلم بهذا ان مطلق وجود المعنى لا يدل على ان يكون النص معقول المعنى بل يكون مخالفا للقياس لمخالفته الدليل الظاهر وهنا كذلك لان الصغيرين ملكه والملك عبارة عن المطلق الحائز والقياس الظاهر يقتضي ان يجوز تصرفه فيه بالجمع والتفريق كما يجوز تصرفه في سائر الاملاك (سوى)

(كتب البيوع ... باب البيع الفاسد ... فصل فيما يكره - نوع منه)

لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لصاحبه لا باس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع احدهما بالجنابة وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به *

قال وان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيाम * وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه م فرق بين مارية ونسرين وكاننا متين اختين

سوى العبيد والاماء وفيهما في الكبيرين فهذا سمي بخلاف القياس وان كان فيه معنى معقول من وجه آخر كما في النظائر *

قوله لما ذكرنا اي من ان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد **قوله** وبيعه بالدين بان استهلك احدهما مال انسان وكذا اذا كان ما ذونا فالحقه دين يباع في الدين وان حصل التفريق **قوله** وردة بالعيب بان اشتراهما فوجد باحدهما عيبا وكذا اذا لم يكن احدهما محل البيع بان كان مدبرا او مكاتبا **قوله** لمعنى مجاور وهو الوحشة وذلك ليس من المبيع في شيء والنهي متى كان لمعنى في غير المنهي عنه لا يفسد العقد كالنهي عن البيع وقت النداء كذا في المبسوط **قوله** كراهة الاستيाम اي السوم على سوم غيره وقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ادرك محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع احدهما منه **قوله** ليس في معنى ما ورد به النص لان كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستأنس احدهما بالآخر بل يتاذى احدهما من الآخر باحسان السيد الى احدهما والله اعلم (باب -)

(كتاب البيوع باب الاقالة)

* باب الاقالة *

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله م من اقال ناد ما بيعته اقال الله عشراته يوم القيمة
ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما * فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد
مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما

* باب الاقالة *

فيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب كاشكى اي ازال القول السابق وهذا
سهو بوجوه احدها انهم قالوا قلت البيع بالكسر واقلته فدل على ان العين ياء والثاني
ان في الصحاح اورد اقالة البيع في ذكر القاف مع الياء لاني ذكر القاف مع الواو فقال
واقلته البيع اقالة وهو فسخه وربما قالوا قلته البيع والثالث ما ذكره في مجموع اللغة
في القاف مع الياء وقاله البيع قيلا واقالة فسخه ووجه التمسك بهذا الحديث في اثبات
جواز الاقالة ظاهر لان النبي عليه السلام ندب الى الاقالة بما يوجب التحريص
من الثواب والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وفائدة كونها فسخا في حقهما
تظهر في مواضع احدها ان يجب على البائع رد الثمن وما نطقا بخلافه باطل والثاني
ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما ايضا لبطلت بالشروط
الفاسدة كما يبطل البيع ويبطل بها عند ابي يوسف ر ح في الموضع الذي يجعلها
بيعا والثالث بعد ما تقايلا قبل ان يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري جاز البيع
لانه فسخ في حقهما ولو كان بيعا لما جاز بيعه منه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لا يجوز
البيع لان في حق غيره بيعا جديدا وفائدة كونها بيعا جديدا في حق غيرهما تظهر في مواضع
ايضا احدها ان المبيع لو كان عقارا مما يجب فيه الشفعة فسلم الشفيع الشفعة في اصل البيع
ثم تقايلا البيع وعاد المبيع الى ملك البائع فطالب الشفيع الشفعة في الاقالة كان له ذلك
لانه بمنزلة البيع في حق ثالث والثاني ان البيع لو كان صرفا فالتقايض في كلا الجانبين (شرط)

الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل وهذا عند ابو حنيفة رحمه الله وعند ابو يوسف رحمه الله هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عترتي

شرط لصحة الاقالة فجعل في حق الشرع كبيع جديد والثالث انه لو اشترى شيئا وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم البائع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد جاز فصار في حق البائع كانه ملك بسبب جديد والرابع ان السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب ان يرجع فصار كان البائع اشتراها في حق الواهب كذا في شرح الطحاوي *

قوله الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل بان ولدت المبيعة ولد ابعدا القبض لان الزيادة المنفصلة ما نعة فسخ العقد حقا للشرع وابو حنيفة رحمه الله لا يصح الاقالة الا بطريق الفسخ وعند ابو يوسف رحمه الله هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا كما لو تقايلا في المنقول قبل القبض او تقايلا في بيع العرض بالعرض بعد هلاك احدهما الا ان لا يمكن جعله فسخا ايضا فم تبطل الاقالة في نفسها كما في بيع العرض بالدرهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما لو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول بطلت الاقالة لانه تعذر اعتبارها ببيع الا ان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز وتعذر اعتبارها فسخا ايضا لان الفسخ انما يكون بالثمن الاول وقد سمينا ثمنا آخر وعند محمد رحمه الله هو فسخ كما قاله ابو حنيفة رحمه الله حتى لو تقايلا بمثل الثمن الاول او بالاقل يكون فسخا الا اذا تعذر جعله فسخا بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا بعد القبض باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنس الثمن الاول فهو بيع كما قاله ابو يوسف رحمه الله الا ان لا يمكن جعله بيعا ولا فسخا فيبطل كما في بيع العرض بالدرهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما اذا تقايلا في المنقول او غيره قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول وفي الذخيرة ثم هذا الخلاف الذي ذكرنا في الاقالة اذا حصل الفسخ بلفظ الاقالة فاما اذا حصل بلفظ المفاسخة او المشاركة او الرد فانها لا تجعل بيعا وان امكن جعلها بيعا (قوله)

(كتاب البيوع باب الاقالة)

فهو فرع عليه قضيته واذا تعدر بحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولا يبي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت بها الشفعة وهذه احكام البيع ولا يصفى رح ان اللفظ ينشئ من الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعدره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان

قوله فهو فرع عليه قضيته اي يوفى على اللفظ ما اقتضاه من موضوعه اللغوي وقضية لفظ الاقالة ههنا الفسخ والرفع فيجعل فسخا ولا يبيوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع فيجعل بيعا فان قيل ينتقض هذا بالبيع المبتدأ بهذا اللفظ حيث لا ينعقد البيع بلفظ الاقالة اصلا ولو كان لفظ الاقالة محتملا لمعنى البيع لا نعتقد به لاحتمال لفظه ووجود معنى البيع كما ذكرنا لتنازوي من بعض المشايخ انه ينعقد فيمنع ولئن سلمنا فالفرق بينهما هو ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقدا صلا تعذر تصحيحها ليعالان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فيبطل في مخرجها وما نحن بصدده ليس كذلك لان الاقالة اضيفت الى ما له وجود اعني ساقبة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما اريد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية **قوله** وهذه احكام البيع وهي بطلان الاقالة بهلاك السلعة في يد المشتري بعد الاقالة والرد بالعيب وثبوت الشفعة بها تدل على ان الاقالة بيع فلا استدلال بالانتر على العلة انما يصح اذا كان الاثر مخصوصا بذلك المؤثر كما لا استدلال بالدخان على النار وهذه الاحكام بهذه المثابة لانها لا توجد بدون البيع فصح الاستدلال بها بخلاف الملك فانه غير مختص بالبيع **قوله** ولا يبي حنيف رح ان اللفظ ينشئ من الرفع والفسخ الى ان قال فتعين البطلان فان قيل اعمال اللفظ لمعنى من المعاني ضد دلالة الدليل عليه اولى من الابطال ثم في لفظ الاقالة لما تعدرا اعتبار الحقيقة وجب ان يجعل عبارة عن البيع المبتدأ لان اللفظ يحتمله (الا

(كتاب البيوع باب الاقالة)

وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى المبيغة ان لا ولاية لهما على غيرها اذا ثبت هذان في اياها اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال يبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربو اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل

الا ترى انا جعلناه بيعا في حق الثالث قلنا ان اللفظ لا يحتمل البيع البتة للتضاد بين اللفظين وضعا فان الفسخ ضد العقد لا محالة واللفظ كيف يجعل مجازا عن ضده واما في حق ثالث فنحن ما جعلنا اللفظ مجازا عن البيع في حقه ولكن لما ثبت حكم البيع بهذا اللفظ وهو حصول الملك للبائع ببدل اظهرنا هذا الموجب في حق ثالث فاما في حقهما فاللفظ اذ لم يمكن اعتباره بحقيقته ولا يصح مجازا عن البيع لغا في نفسه كذا في الايضاح وذكر في الفوائد الظهيرية ولا يحنيفه رحمه الله ان الاقالع مرفوعة وفسخ والعقد اثبات وتحقيق فكانت بينهما منافاة فلا يمكن ان يستعار احدهما للآخر والمجاز حيثما يجوز انما يجوز باعتبار اشتراكهما في معنى يوجد فيهما بيانه ان الشجاع يسمى اسدا لاشتراكهما في معنى الشجاعة واما الجواب لابي حنيفة رحمه الله عما استدل به ابو يوسف رحمه الله من احكام البيع في الاقالة على ان الاقالة تبطل بدلالة وجود تلك الاحكام المخصوصة بالبيع قلنا الشارع يبطل الاحكام من حكم الى حكم كعدم الاستحاضة اخرجت عن حكم الحدث ولا يغير الحقائق وفساد الاقالة ضد هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يتبدل ويثبت ضمنا للاقالة اما لا يخرج الاقالة عن حقيقتها وهي الفسخ *

قوله وكونه بيعا في حق الثالث جواب سوال يرد على قول ابي حنيفة رحمه الله **قوله** بخلاف البيع يتعلق بقوله لتعذر الفسخ على الزيادة اي يتعذر الفسخ على الزيادة ولا يتعذر البيع بالزيادة كما اذا باع درهمين فان البيع يفسد بثبوت درهم زائد ولا يجعل كأنه باع درهمين ويبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع لانها اثبات ما لم يكن ثابتا فيتحقق الربو ولا يمكن اثبات الزيادة في الاقالة لانها رفع (ما)

(كتاب البيوع باب الاقالة)

لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء مافات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل وقال يكون فسجا فهذا الولي بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه * ولو قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيناه * ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده

ما كان ثابتا ورفع ما كان زائدا على ما كان محال وهذا يؤيد قول ابي حنيفة ومحمد رح انها فسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشرط الفاسد كالبيع *

قوله لما بينا اشارة الى قوله لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة ولا نقصان لان في الفسخ على الزيادة رفع ما لم يكن ثابتا وفي الفسخ على النقصان يلزم رفع عدم ما كان ثابتا ورفع المعدوم محال فكان في الاحالة على السواء فلذلك بطلت الزيادة والنقصان في الاقالة

قوله الا ان يحدث في المبيع عيب فمح جازت الاقالة بالاقل لان الخط يجعل بازاء مافات بالعيب وبعض مشائخنا قالوا تاويل المسئلة ان يكون حصة العيب بقدر النقصان او اقل او اكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه ولكن جواب الكتاب مطلق كذا في الذخيرة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الخط يجعل بازاء مافات بالعيب **قوله** ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رح هذا اذا ولدت بعد القبض وما اذا ولدت قبل القبض (فالاقالة)

(كتاب البيوع باب الاقالة)

قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يسند عي قيامه وهو قائم بالمبيع يهون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احد هما ولا تبطل بهلاك احد هما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم بالصواب *

فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ان التجارية اذا ولدت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقران الزيادة قبل القبض لا يمنع الفسخ متصلة كانت او منفصلة وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رح لانها تعذر تصحيحها فسخا بسبب الزيادة وابو حنيفة لا يجوز الاقالة الا بطريق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة عنده لان الزيادة المتصلة عنده لا يمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة يبطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا لما تقايلا فامكن تصحيحها فسخا عنده كذا في الذخيرة *

قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لا نهار رفع العقد فيقتضي قيام البيع وقيامه بالمبيع لا بالثمن لان المبيع محل اضافة العقد بخلاف الثمن وهذا لان الثمن انما يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد وما يكون وجوده بالعقد يكون حكما للعقد وحكم العقد لا يكون محلا للعقد لان محل العقد شرط العقد وشرط الشيء يسبقه وبينهما تناف ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن ولو تقايضا يجوز الاقالة بعد هلاك احد هما ولا يجوز بعد هلاكهما **قوله** ولا تبطل بهلاك احد هما اي لا تبطل الاقالة بعد وجودها بهلاك احد هما **قوله** لان كل واحد منهما مبيع فان قيل في التصارف ايضا كل واحد من البدلين مبيع ويجوز الاقالة بعدهما فكيف لان المعقود عليه في التصارف ما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه الا ترى ان بعد الاقالة لا يلزمه رد المقبوض بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض (ما)

(كتاب البيوع باب المراجعة والتولية)

* باب المراجعة والتولية *

المراجعة نقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الزكي المهتدي وبطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما

مانعا صحة الاقالة وان كان في العوضين جميعا لانه لما كانت الاقالة لا تتعلق باعيانهم لو كانا قائمين صار هلاكهما كقيامهما بخلاف بيع العروض بالعروض ثم الاقالة تصح بلنظير احدهما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول اقلني فيقول الآخرا قلت وقال محمد رحمه الله لا يقوم الابلغطين يعبر بهما عن الماضي اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للنصرف كما في النكاح وبه فارق البيع والله اعلم بالصواب *

* باب المراجعة والتولية *

البيعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق ومنها بيع الوضعية وهو البيع باقل من الثمن الاول ومنها المراجعة ومنها التولية وقولنا بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة يخرج الصرف *

قوله المراجعة نقل ماملكه اي من السلع لانه اذا اشترى بالدرهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مراجعة المسئلة في فتاوى قاضي خان رحمه الله **قوله** بالعقد الاول اي بما ملكه لان من غصب عبدا وابق العبد من يد الغاصب وقضى القاضي بالقيمة ثم عاد العبد فللغاصب ان يبيع العبد مراجعة على القيمة التي اداها الى ماله هذه المسئلة ايضا في فتاوى قاضي خان **قوله** بالثمن الاول اي بما قام عليه لانه لو ضم الى الثمن الاول اجرة القصار والصباغ والطراز والقتل جاز ولانه لو ملك اصل الثوب بميراث او هبة او وصية فقومه بقيمته ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط (قوله)

(كتاب البيوع باب المراجعة والتولية)

ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رخص بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا *

قال ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة * ولو كان المشتري باعه مراجعة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكمل الموصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم * وان باعه بربح دة يازدة لا يجوز لانه باعه برأس المال وبيع بعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال * ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والقتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في مادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عدناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذا القيمة تختلف باختلاف المكان * ويقول فام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا اكيلا يكون كاذبا

قوله ولهذا كان مبناهما ايضاح لقوله يحتاج الى ان يعتمد فعل الزكي **قوله** وعن شبهتها حتى اذا اشترى الى اجل ليس له ان يبيعه مراجعة الا بالبيان **قوله** ولا يصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل اي يكون العوض من ذوات الامثال فان لم يكن لكن المشتري ملك ذلك العوض الاول فصح لانه اذا لم يكن له مثل ولم يملكه ايضا فاشتراه مراجعة او تولية يكون مشتريا بالقيمة وهي مجهولة لانها تعرف بالخزرواظن فتمكن شبهة الخيانة وانه مانع من بيع المراجعة والتولية فاما اذا كان مالكا لذلك العوض فاشتراه به او اشتراه به وربح درهم صح وصورته ان يشتري رجل عبدا بثوب فسلم الثوب وقبض العبد ثم ان باع العبد ملك الثوب من آخر فمشتري العبد باع العبد من الذي ملك الثوب بذلك الثوب وربح درهم او قبض حنطة جاز وكذلك ان باع العبد من البائع الاول بذلك الثوب وربح درهم او قبض حنطة جاز ولو اشتراه بذلك العوض بربح دة يازدة وهو مالک ذلك (ا)

وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذافته * فان اطلع المشتري على خيانه في المراجعة فهو بالخيار عندا يحنف ربح ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه * وان اطلع على خيانه في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف ربح يحط فيهما وقال محمد ربح يخير فيهما محمد ربح ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمراجعة ترويح وترغيب

العووض لا يجوز لانه اشتراه به وبجزء من قيمته وذلك يستدرک بالخزروا الظن فكان مجهولا وانما قلنا ذلك لان هذا اللفظ هو ربح دة يار دة انما يستعمل فيما اذا قام له السلعة بعشرة يبيعها باحد عشر من جنس ذلك الثمن الذي اشترى السلعة به والثمن هنا هو الثوب ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم فيصيرح بائعا للعبد بذلك الثوب وبجزء من احد عشر جزء من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة فيكون بائعا بالثوب ويبغض قيمته والقيمة مجهولة فلا يجوز وكذا الوبايع العبد ممن لا يملك الثوب بربح دة يار دة لا يجوز ومعنى قولنا بربح دة يار دة اى بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرة كان الربح درهما وان كان عشرون كان الربح درهماين وان كان ثلثين كان الربح ثلاثة دراهم فتسمية ربح دة يار دة يقتضي ان يكون الربح من جنس رأس المال لانه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه والثمن هنا ليس من ذوات الامثال فلا يجوز ويزيد ما ذكرنا وضوحا بمسئلة وهي ان من اشترى من رجل عبدا بالف درهم نخبة نقد بيت المال وقضه ثم باعه مرا بحة عليها بربح مائة درهم فان المائة الربح يكون من نقدا للبدل من جنس الثمن ولو باعه مرا بحة بربح دة يار دة فان الربح يكون من النخبة لا من نقد البلد ثبت ان هذا اللفظ يقتضي ان يكون الربح من جنسه *

قوله وسوق الغنم بمنزلة الحمل لان القيمة تختلف باختلاف المكان بخلاف اجر الراعي لانه يستحق الاجر باعتبار الحفظ وكذا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في المعنى اى في المالية وبخلاف اجر التعليم فانه اذا انفق على عبده في تعليم عمل من الاعمال (د)

فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بقواته ولا يبيوسف رح ان الاصل فيه كونه تولية ومراجعة ولهذا ينبغي بقوله وليتك بالثمن الاول اوبعتك مراجعة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالخط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح ولا يبي حنيئة رح انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لا نديز يد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الخط وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخير فلو هلك قبل ان يرد احدث فيه ما يمنع الفسخ

دراهم لم يلحقها برأس المال وكذلك الشعر والغناء والعربية واجرت تعليم القرآن والحساب الا اذا كان فيه عرف ظاهر بالحاقه كان له ان يلحقه لان زيادة المالمية باعتبار معنى في المتعلم وان كان لا بد من التعليم الا ان التعلم آخر الامرين وجودا وانه حصل بفعل مختار فيكون حصول الزيادة مضافا اليه لا الى التعليم واجرة السمسار تضم ان كانت مشروطة في العقد بالاجماع وان لم تكن مشروطة بان كانت مرسومة اكثر المشائخ على انها لا تضم ومنهم من قال تضم والباج الذي يوخذ في الطريق لا يلحق برأس المال قال زفرح ولو كان في موضع جرت العادة فيما بين التجار بالحاقه برأس المال يلحق به ايضا وفي المبسوط وفي الحاق شيء برأس المال المعتبر العرف الظاهر وما عمل بيده من قصارة او خباطة او ما شبه ذلك من الاعمال لا يضمه الى رأس المال رجل اشترى دجاجة وقبضها فباضت عنده ثلاثين بيضة فباع البيضات بدرهم ثم اراد ان يبيع الدجاجة مراجعة ان انفق على الدجاجة قدر ثمن البيضات جازلانه جعل ثمن البيضة عوضا عما انفق وان لم ينفق لا يجوز وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل ان يقدر ما اصاب من الزيادة اذا انفق من ماله لا يلزمه بيان ذلك في بيع المراجعة كذا في المحيط * **قوله** فيكون وصفا مرغوبا فيه لوجود الامن عن الغبن **قوله** منه ومن الربح بيانه فيمن ابتاع ثوبا بعشرة مثلا على ربح خمسة ثم ظهر ان البائع اشتراه بثمانية وباعه منه بعشرة على ربح خمسة يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان وما قابله (من)

يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن لخيار
الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه يطالبه بتسليم الفاتت فيستط ما يقابله عند عجزه *
قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عند كس ربح كان قبل ذلك

فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة ربح وقال لا يبيعه مرابحة على الثمن
الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة
ويقول فام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة
اصلا وعند هبا يبيعه مرابحة على العشرة في التصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع
الاحكام من الاول فيجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث ولا يحنيفة ربح ان شبهة حصول
الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة
كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطا ولهذا لم تجز المراجعة فيما اخذ بالصلح لشبهة الخطيئة فيصير
كانه اشترى خمسة وثوب بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره

من الربح وهو درهم فياخذ الثوب باثني عشر درهما وكذا لو اشترى ثوبا بعشرة وقال اشترته
باثني عشر وباعه بربح درهم فعنده يحط درهما من رأس المال وسدس درهم من الربح *

قوله يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة وهو المشهور من قول محمد ربح وعن محمد ربح ان
المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بثمن سلمه اليه بناء على اصله في اقامة القيمة مقام المبيع
في التحالف **قوله** منقطع الاحكام عن الاول لان الشفع اذا سلم الشفعة في العقد الاول فله الشفعة

في العقد الثاني **قوله** كما اذا تخلل ثالث يعني اذا باع المشتري الثاني من رجل غير البائع الاول
ثم اشترى منه البائع الاول **قوله** لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بان يجد المشتري

بالثوب عيبا فيرد ويسترد منه كل الثمن ويطلب حقه في الربح وبالشري ثانيا وقع الامن على البطلان
والمستفاد بالشراء الثاني الثوب وتؤكد الربح الاول وللتاكيد شبه بالايجاب حتى غرم شهود الطلاق
قبل الدخول نصف الصداق اذا رجعوا لان شهادتهم أكدت نصف المهر الذي كان (عليه)

قال وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين محيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مراجعة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم

على شرف السقوط بالردة وتمكين ابن الزوج وبيع المراجعة يمنع بالشبهة كما يمنع بالحقيقة الا ترى انه لو كان على رجل عشرة دراهم فصالحه على ثوب لم يبيعه مراجعة على عشرة لان مبنى الصلح على الخط والمسامحة ولو وجد حقيقة الخط لم يبيعه مراجعة على عشرة فكذا اذا وجد شبهته فصار في الفصل الاول كانه اشترى في العقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمس بازاء الخمسة وبقي الثوب بخمسة فيبيعه مراجعة على خمسة وفي الفصل الثاني كانه اشتراه وعشرة بعشرة فصارت العشرة بالعشرة ولم يبق بمقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مراجعة ولا يقال على هذا ينبغي ان يفسد الشراء الثاني في الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربو الا نقول ان الربح الاول لم يصرم مقابل الثمن الثاني حقيقة وانما تثبت له شبهة المقابلة من حيث ان للتاكيد شبهة بالاجاب والشبهة تكفي لمنع بيع المراجعة ولا تكفي لافساد العقد لان المنع في بيع المراجعة لحق العبد لا لحق الشرع حتى يجوز عند البيان واذا رضي به بعد البيع يجوز ولا يلزم على هذا ما اذا وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مراجعة على عشرة لانه ممنوع في رواية عن ابي حنيفة رح ولو سلم فنقول بالبيع الثاني وان كان يتأكد انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا يثبت هذه الوكالة في عقد يجري فيه وانه ايضا ليس معنى يزداد الثمن لاجل بخلاف ما اذا اشترى بثمن متوجّل ثم باعه مراجعة بثمن حال لانه معنى يزداد في الثمن لاجله وبخلاف ما اذا تخلل ثالث لان الربح تأكد بملك الثالث لابشرائه وبخلاف ما اذا اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف ثم اشتراه بعشرة له ان يبيعه مراجعة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الوصيف ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المراجعة اولانه لا يتمكن فيه شبهة الربو *

قوله وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين محيط برقبته وانما يتد بالدين (١)

(كتاب البيوع باب المراجعة والتولية) :

لجوازها مع المنافي فاعتبر مد ما في حكم المراجعة وبقي الاعتبار الاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكان يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول * **قال** واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مراجعة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازها عندنا عند عدم الربح خلافا لفرج مع انه اشترى ماله بماله

المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع العبد من مولاة شيئا فانه لا يصح فان هذا البيع لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لملك الرقبة ولا ملك التصرف وكذا اذا كان عليه دين لا يحيط بماله لانه لا يمنع ملك المولى بالاجماع لان كسب العبد لا يعري من قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولو كان محيطا بما لدون رقبته فباع من المولى شيئا صح البيع ولكن فيه شبهة العدم ايضا فلا يبيعه المولى مراجعة بالثمن الذي اشتراه به من العبد لانه لم يجز للمولى بيع ما اشترى من عبده وعليه دين محيط برقبته مع انه اجنبي عن كسبه فلان لا يجوز وعليه دين محيط بماله دون رقبته اولى فظهر انه انما قيد بقوله وعليه دين محيط برقبته ليثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الاول *

قوله لجوازها مع المنافي ذكر الامام قاضي خان رح في تعليل هذه المسئلة لان بيع المولى من عبده الماذون المديون والمكاتب وبيعهما من المولى وان كان جائزا فله شبهة العدم لان مال العبد لا يخلو عن حق السيد ولهذا كان للمولى ان يمنع كسب العبد لنفسه ويقضي الديون من مال نفسه والمكاتب اذا عجز ورد الى الرق كان كسبه للمولى فكان بائعا من نفسه من وجه وبيع الانسان من نفسه باطل واذا بطل البيع الثاني لا يبيعه مراجعة على الثمن المذكور بالبيع الثاني وانما يبيع على الثمن المذكور في العقد الاول **قوله** في الفصل الاول وهو ما اذا باعه العبد من مولاة والفصل الثاني وهو ما اذا باعه المولى من عبده **قوله** خلافا لفرج فان عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب من رب المال اذا لم يكن في المال ربح (قوله)

لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فلم يعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح * **قال** ومن اشترى جارية فاصورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرا بحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا الوفاة قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطئ وعن ابي يوسف رحمه في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه فاما اذا فاقا عينه بنفسه او فاقا اجنبيا فاذا ارشها لم يبيعها مرا بحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالانلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها * ولو اشترى ثوب

قوله لما فيه من استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال من ماله في التصرف فيه فبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف وذكر الامام الترمذ في شرح لوصار مال المضاربة جارية ليس لرب المال ان يطأها وان لم يكن فيها ربح لان للمضارب حق التصرف الا ترى ان رب المال لا يملك بيعها واحاله الى الايضاح **قوله** والانعقاد يتبع الفائدة الا ترى انه اذا جمع بين عبده ومبدغية فاشترى ماصفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في شرائه لفائدة انقسام الثمن ثم يخرج فكذلك ههنا يجوز البيع بين رب المال ومضاربه لفائدة استفادة ولاية التصرف **قوله** ففيه شبهة العدم لما قال زفر رحمه ان البيع تملك المال بالمال وانه معدوم ههنا **قوله** الا ترى انه وكيل عنه هذا الايضاح قوله ففيه شبهة العدم لان المضارب لما كان وكيل عنه وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه فصار بيع المضارب من رب المال باطلا في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فامد رهمان ونصف فحق المضارب ولا شبهة في اصل الثمن فلهذا يبيعه مرا بحة على اثني عشر ونصف **قوله** وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن فان قيل المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء والجزء اذا قصد انلافه كان له قسط من الثمن ولهذا لو اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لا يتمكن (من)

(كتاب البيوع باب المراجعة والتولية)

فاصابه فرض فارا و حرق نار يبيعها مراجعة من غير بيان * ولو تكسر بنشرة
وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه *

قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيته فباعه بربح مائة حالا لم يبين فعلم المشتري فان شاء رده
وان شاء قبل لان الاجل شبه بالمبيع الا يرى انه يزداد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة
بالحقيقة فصارك انه اشترى شيئين وباع احدهما مراجعة بينهما والاقدام على المراجعة يوجب
السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت بخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف
ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن **قال** فان كان ولاية اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة
في التولية مثلها في المراجعة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة

من الرد وان كانت هي ثيبا وذلك باعتبار ان المستوفى من الوطى بمنزلة احتباس جزء
المبيع عند المشتري قلنا المانع من الرد بالعيب بعد الوطى غير ما ذكرت وهو انه ان ردها
مع العقير يلزم الفسخ في شيء لم يرد عليه العقد وهو العقروا ان ردها بدون العقير يلزم سلامة
وطئها عن العوض بخلاف الهبة فان وطئ الموهوب له لا يمنع رجوع الواهب لانه يجوز
ان يسلم له وطئها بلا عوض كما سلم الجارية بلا عوض ولا يلزم على هذا سلامة خدمة
الجارية للمشتري بعد الفسخ لان الخدمة شيء لا بد منها فلو كان استيفاء الخدمة يمنع
الرد بالعيب لانسد باب الرد بالعيب ولا يجوز ان يفسخ البيع ويسلم للمشتري او للبائع
زيادة متولدة من العين او شيء وجب بالتلاف العين كالولد والارث والعقر فكذا الوطى
وبيع المراجعة انما يمنع جوازه من غير بيان اما بالخيانة في الثمن او باحتباس شيء من المبيع *

قوله فاصابه فرض فار في الفوائد الظهيرية والفرض بقاء معجمة من فوقها بواحدة نص على هذا
صدرا الاسلام ابو اليسر ر **قوله** والمعنى ما بيناه اما في فرض فار فلما ذكر في الاورار ان الاوصاف
تابعة لا يقابلها الثمن واما في حق تكسر الثوب بنشرة فلما ذكر في فقهاء العين انه صار مقصودا بالتلاف
قوله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن اي حقيقة اما شبهة المقابلة فثابتة ولهذا يزداد في الثمن (لا)

لما ذكرناه وعن ابي يوسف رح انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجباد وعلم بعد الاتفاق وسياتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بضمن حال وضمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولولم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد فقبل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال *

لاجل الاجل فاعتبر ما لا في المراجعة حتى اشترط بيان الاجل احترازا عن شبهة الخيانة ولم يعتبر في حق الرجوع لانه ليس بمال في الحقيقة وفي المبسوط فان لم يصبه عيب لكنه اصاب من غلة الدار والدابة والخدام شيئا فله ان يبيع المشتري مراجعة على ثمنه لان الغلة ليست بمنوادة من العين فلا يكون حابسا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولان الغلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع من بيعها مراجعة فكذا بدلها وهذا لانه انفق عليها بازاء ما نال من المنفعة واذ ولدت الجارية والسائمة او ثمر النخيل فلا بأس ببيع الاصل مع الزيادة مراجعة لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه وان نقصها الولادة فهو نقصان بغير فعل احد وبازائه ما يجبره وهو الولد ففي مثل هذا النقصان له ان يبيعه مراجعة وان لم يكن بازاء النقصان ما يجبره فاذا كان اولى فان استهلك المشتري الزيادة لم يبع الاصل مراجعة حتى يبين ما اصاب من ذلك لان ما استهلكه متولد من العين ولو استهلك جزءا من عينها لم يبيعها مراجعة من غير بيان فكذلك اذا استهلك ما تولد من العين وكذلك البان الغنم واصوافها وسمونها اذا اصاب من ذلك شيئا فلا يبيع الاصل مراجعة حتى يبين ما اصاب ههنا لان ما اصاب في حكم جزء من عينها وعند الشافعي رحمه الله له ان يبيعها مراجعة بناء على مذهبه ان الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهي بمنزلة الغلة حتى لا يمنع رد الاصل بالعيب وان كان انفق عليها ما يساوي ذلك في ملفها وما يصلحها فلا بأس بان يبيعها مراجعة من غير بيان لان حصول الزيادة له باعتبار ما انفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم *

قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الاجل لا يقابل به شيء من الثمن (قوله)

• (كتاب البيوع ... باب المراجعة والتولية ... فصل) :

قال ومن ولي رجل شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن * فان علمه البائع في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتناخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيرة بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية *

* فصل *

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يحزله ببعه حتى يقبضه لانه م نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غررا نقسax العقد على اعتبار الهلاك * ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا ضرر فيه لان الهلاك في العقار نادرا بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد

قوله فلا يتقبل الاصلاح لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا انه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة فصارت التاخير الى آخر المجلس عفوا كتناخير القبول فان القبول في آخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات وكذا العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فصيح على تقدير الابتداء فاما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح بخلاف ما اذا باع الى الحصاد واستطاع الاجل قبل الحصاد لانه لم يتقرر اولا لانه ليس في صلب العقد وهذا في صلب العقد *

* فصل *

قوله لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو ان النبي عليه السلام قال لعتاب ابن اسيد حين بعته الى مكة اميرا صرا الى اهل بيت الله تعالى وانهم عن اربع بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمنوا وعن شرط في بيع وعن بيع وسلو **قوله** ولان فيه غررا نقسax العقد على (١)

والجديد معلول به عملا بدلائل الجواز والآجزة قيل على هذا الاختلاف ولوسلم فالمعقود عليه في الآجزة المنافع وهلاكها غير نادر *

قال ومن اشترى مكيلا مكيلة او موزونا موازنة فاكثاله واتزنته ثم باعه مكيلة او موازنة

اعتبار الهلاك لانه اذا هلك قبل القبض ينتسخ البيع وعاد الى قديم ملك البائع فيكون المشتري بائعا ملك غيره ومتى قبض يتم البيع فيصير بائعا ملك نفسه وقبل القبض لا يدري ان تم البيع فيصير بائعا ملك نفسه ام ينتسخ فيصير بائعا ملك غيره فلا يصح فتمكن فيه غرر فكان باطلا بخلاف البيع الاول لانه لا يمكن فيه هذا الغرر لانه متى لم يقبض المشتري وانتسخ البيع بالهلاك او قبض وتم البيع يكون البائع في الحالين بائعا ملكه لا ملك غيره بخلاف ما نحن فيه *

قوله والجديد معلول به فان قيل هذا تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وانه عام قلنا الجديد دخله خصوص فيبيع المهر وبدل الخلع والصلح من دم العمد والميراث قبل القبض يصح اتفاقا لما انه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك وكذا لا يتوهم الانفساخ ههنا فيخص بالقياس لان مثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس على انه لم يتناول المتنازع اذ لا يتأتى فيه القبض الحقيقي لانه يكون بالنقل فيكون المسئلة مبنية على الاختلاف في غصب العقار **قوله** والآجزة قيل على هذا الاختلاف اي لا يجوز للمشتري ان يؤجر الدار المشتراة قبل القبض عند محمد ربح وعندهما يجوز والاصح ان الآجزة لا تصح اتفاقا وعليه الثنوي لان الآجزة تملك المنافع والمنافع كالمقول في احتمال الهلاك **قوله** ومن اشترى مكيلا مكيلة قيد بالشراء لانه اذا ملك مكيلا او موزونا بهبة او ميراث او وصية جاز له التصرف قبل الكيل وكذا في الثمن وذكر في الايضاح اذا قبض الكروهن من ثم باعه قبل الكيل جاز لان التصرف في الثمن قبل القبض جائز وقيد بكونه مكيلة او موازنة لانه اذا باع المكيل او الموزون مجازفة جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع او بالاكل وغيرهما (قوله)

لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعبد الكيل والوزن لان النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صلح البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التجرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له لان الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرة ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم

قوله لم يجز للمشتري منه اي للمشتري الثاني من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعبد الكيل لنفسه كما هو الحكم في المشتري الاول وانما وضع المسئلة فيما اذا باعه المشتري الذي اكتاله لبشير به الى ان تصرف المشتري قبل الكيل لا يجوز وان كيل مرة قبل شرائه او بعد شرائه بغية **قوله** حتى يعبد الكيل اي بعد شرائه ولا يكتفى بكيل بائعه حيث اشترى بائعه ولا يريد به حتى يعبد الكيل بعد القبض مع الكيل لان الصحيح انه لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري مرة يكفي به **قوله** وهو الشرط اي الشرط كيل البائع وكيل المشتري وانما شرط ذلك لان البيع يتناول ما يحويه الكيل والوزن وهو مجهول فربما يزيد وينقص فماله بكل لنفسه او لم يزن لا يمتاز المبيع من غيره فكان المبيع مجهولا فيفسد البيع ولان اصل القبض شرط جواز التصرف في المبيع فكان تمام القبض شرطا ايضا والكيل والوزن فيما بيع كيلا او وزنا من تمام القبض لان المقدور معقود عليه فيما بيع كيلا ووزنا حتى يلزمه رد الزيادة ان زاد وينقص من الثمن خصه ما نقص والقبض غير مغن لتوهم الزيادة والنقصان بخلاف ما اذا باع مجازفة اذ البيع وقع على المشار اليه لا على مقداره بعينه وتصوير زيادة في المجازفة بان يكون لرجل طعام (فا)

ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما بين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عددا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رح لانه لا تحل له الزيادة على المشروط *

قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه ضرر الانقاس بالهلاك لعدم تعيينها بالتعيين بخلاف المبيع *

قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رح لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمالا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصا ربا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا وخاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فالولى ان يكون لهما ولاية التغير وصار كما اذا استطا الخيار

فاكتاله ثم باعه مجازفة فاكتاله المشتري فزاد على الكيل الاول فالزيادة للمشتري *

قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما بين في باب السلم وهو ما اذا اشترى المسلم اليه من رجل كراوا مررب السلم بقبضه فانه لا يصح الا بصاعين لاجتماع الصفتين بشرط الكيل احدهما شراء المسلم اليه والثانيهما قبض رب السلم لنفسه وهو كالمبيع الجديد فيجتمع صفتان **قوله** ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني استحقاق البائع والمشتري في الثمن والمبيع والزائد والمزيد عليه حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي الاصل والزيادة وافا وفي المشتري الثمن استحق المبيع مع الزيادة وليس للبائع ان يمتنع من تسليم الزيادة **قوله** فلا يمكن اخراجه يعني لما قبل كل الثمن بهذا المجموع فلما خرج بقي بعض المبيع بلا عوض وذا لا يجوز ولا يمكن ان يجعل الباقي في مقابلة الكل لانتفاء العقد الجديد (قوله)

(كتاب البيوع... باب المراجعة والتولية... فصل)

أو شرطاً بعد العقد ثم إذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حظ الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشروا على الباقي في الحظ وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحظ وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحظ

قوله أو شرطاً بعد العقد بان عقداً عقداً ثم شرطاً الخيار بعده فقد تغير العقد من صفة اللزوم الى غيره فان قيل الالتحاق بطريق الاستناد وما هذا شأنه يثبت ثم يستند وقد تعذر ههنا الثبوت لانه يصير ملكه عوض ملكه قلنا يفسخ العقد في حق تصحيح الزيادة **قوله** بخلاف حظ الكل لانه تبديل لاصله اي لاصل العقد لانه يصير هبة لا لوصفه فلا يلتحق به ولانه لو التحق باصل العقد يفسد العقد لانه يبقى بيعاً بلا ثمن فكان تغيير المعتقد من وصف مشروع الى وصف غير مشروع **قوله** وعلى اعتبار الالتحاق جواب عن قول زفر والشافعي رحمه الله **قوله** ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع يعني الزيادة في الثمن وفي الباقي وأما الزيادة في المبيع فجازة بعد الهلاك لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بخلاف الزيادة في الثمن لانها تثبت بمقابلة المبيع وهو ليس بقائم وفي الايضاح قال محمد رحمه الله ولو اشترى جارية وقبضها فماتت في يده فزاد البائع للمشتري جارية اخرى فالزيادة جائزة لان هذه الزيادة تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري للبائع لم يجز لان الزيادة من جانبه تثبت بمقابلة المبيع والمبيع هالك ومن اصل محمد رحمه الله ان هلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن ولو اعتق او كاتب او دبر او استولد او مات لوقتل او وهب او باع او طعن او نسج او تخمر او اسلم مشتري الخمر لا تصح الزيادة لفوات محل العقد فالعقد لم يرد على المطعون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب احق بهما (قوله)

(كتاب البيوع ... باب المراجعة والتولية ... فصل)

لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا *

قال ومن باع بضمن حال ثم اجله اجملا معلوما يصير مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره
تيسيرا على من عليه الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول
ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصان
والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل *

قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا ما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح لانه
اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي
والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة
اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة
وهوربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة
حيث يلزم من ثلثه ان يقرضه ولا يطالب به قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية
بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي والله اعلم *

قوله لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فان الهالك لا قيمة له فاخراج البدل عما يقابله
ملايم له ولا كذلك الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع **قوله** وقد ذكرناه اي وقد ذكرنا ان
الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وفي تأجيل الدين كما في الحصان والدياس بخلاف الجهالة
في البيع الى اجل مجهول حيث لا يصح وان كانت الجهالة يسيرة **قوله** من قبل اي في آخر
باب البيع الفاسد **قوله** صار مؤجلا ما ذكرناه وهو قوله لان الثمن حقه **قوله** الا القرض
فان تأجيله لا يصح اي لا يلزم اي لمن اجل ابطاله كما في العواري واعلم ان القرض مال
يقطعه من امواله فيعطيه وما ثبت عليه دين فليس بقرض والدين يشمل ما وجب في ذمته دينا
بعقدا واستهلاك وما صار دينا في ذمته باستقراضه فهو اعم من القرض وقال مالك رح التأجيل
في القرض لازم لانه صار دينا في ذمته بالقبض فيصح التأجيل فيه كسائر الديون (باب)

(كتاب البيوع باب الربوا)

* باب الربوا *

الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنبيه متفا خلا فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضى ويقال القدر مع الجنس وهو شمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بر وايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والتمنية في الاثمان

* باب الربوا *

الربوا محرم في كل مكيل اي حكم الربوا وهو الحرمة والربوا في اللغة عبارة عن الفضل يقال هذا يربو على هذا اي يفضل قال الله تعالى وما آتيتكم من ربوا ليربوا في اموال الناس فلا يربوا عند الله رسمي المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر الاماكن وفي الشرع عبارة عن فضل مال لا يقابله عوض في معاوضة مال بمال وهو محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه لقوله تعالى وحرم الربوا وقد ذكر الله تعالى لا كل الربوا خمسا من العقوبات احدى التخييط والثاني المحقق والثالث الحرب والرابع الكفر والخامس الخلود في النار وذلك آية نهائية حرمت لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان يمحى الله الربوا فانوا بحرب من الله ورسوله وذروا ما بقي من الربوا ان كنتم مؤمنين ومن عاد فأؤئك اصحاب النار هم فيها خالدون *

قوله وهو شمل اي القدر لانه يتناول الكيل والوزن والاصل فيه اي في كون القدر مع الجنس علة الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به ومدار هذا الحديث على اربعة نفر من الصحابة عمر بن الخطاب وعبد بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم مع اختلاف الفاظهم وانه معلول باجماع القائسين (خلا)

والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كما شترط الشهادة في النكاح فيعلل بعلته تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قديد ورمع الشرط

خلا فالاصحاب الظواهر لا يرون القياس حجة فقصر واحكم الربوا على الاشياء الستة *
قوله والجنسية شرط اي شرط لتعمل العلة عملها حتى لا تعمل علته وهي الطعم في المطعومات والتمنية في الاثمان عنده الا عند وجود الجنسية ولا اثر للجنسية بانفرادها عنده حتى لو اسلم ثوبا هرويا في ثوب هروي جاز عنده لان العلة لا تعمل الا عند وجود شرطها لا ان الشرط يعمل شيئا من العمل عند عدم العلة **قوله** لانه نص على الشرطين اي الشارع نص على الشرطين التقابض والتماثل لانه قال يذاييد مثلا بمثل اي قابضا يذاييد ومماثلا بمماثل آخر وهما نصب على الحال والعامل فيه الفعل المضمر وهو بيعوا ورواية الرفع في هذا المعنى ايضا والعدول الى الرفع للدلالة على الثبوت والاحوال شروط كما في قوله ان دخلت الدار راكبة فانت طالق **قوله** وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر اي جواز بيع هذه الاموال بشرطي التقابض والتماثل يشعر بان موجبهما وصف في المحل ينبى عن زيادة العزة والخطر حتى يجب لاجله زيادة الشرط لانه متى يقيد طريق اصابته بشرط زائد يعظم خطره في عين الممتلكين كالعقد الوارد على الابضاع لما خص بشهود وولي دون سائر المعاملات دل على ان المستحق به ماله خطر وهو البضع فيعلل بعلته تناسب اظهار العزة والخطر وهو الطعم والتمنية **قوله** والتمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح اذا لاموال انما تبقى اموالا مادامت لها اثمان لان ما لا يبدل الثمن بمقابلته لا يكون مالا مثل كف من تراب ونحوه فالاموال سبب بقاء النفس بوصف انها ما كولة او وسيلة اليه **قوله** ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لثبوتهما في خطير ومهان ولكن الحكم لا يثبت الا عند الجنسية فجعلناها شرطا لعلته **قوله** والحكم قديد ورمع الشرط جواب شبهة ترد على قول الشافعي رح وهي ان حكم (الربوا)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع
اذ هو ينهى عن التقابل وذلك بالتماثل او بصيانة لاموال الناس عن التوى

الربوا كما يدور مع الطعم والتمنية على اصلك فكذا يدور مع الجنسية فلم جعلت الطعم والتمنية
علة دون الجنسية فاجاب بان لا اثر للجنسية في زيادة الخطر والحكم قديد ورمع الشرط كما يدور
مع العلة كالرجم مع الاحسان والفرق بينهما بالتاثير وعدمه الا ترى انه عليه الصلوة والسلام
عند بيان حكم الربوا ذكر الاثمان وانفس كل مطعوم لما تعذر بيان كل مطعوم فالبر افضل طعام
بنى آدم والشعير انفس علف الدواب والتمر انفس الغواكه والمالح انفس التوابل يشعربان العلة هي
الطعم ولو كان القدر علة لكان ذكر هذه الاشياء تكرارا محضا اذ صفة القدر لا يختلف في هذه الاربعة
ولهذا قال مالك رحمه الله ان العلة الاقتيات والادخال لانه خص بالذكر كل مقتيات ومدخر *

قوله ولنا انه اوجب المماثلة اى الشارع اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوق
الحديث لان معناه بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل والباء للالصاق فدل على اضرار فعل
وذا بيعوا لقوله عليه الصلوة والسلام بعدة فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم
فذكره عند الاختلاف دليل على انه المضر عند الاتفاق وقوله عليه السلام لا تتبعوا الطعام
بالطعام الاسواء بسواء اذ النهي عن الشيء امر بضده وقوله مثلا بمثل حال لما سبق
والاحوال شروط كان دخلت الدار راكبة والامر للايجاب والبيع مباح فصرف الامر الى الحال
التي هي شرط اي بيعوا بوصف المماثلة وقد يتعلق المباح بشرط يجب رعايته كالاشهاد في النكاح
قوله تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينهى عن التقابل لان البيع مبادلة امال بالمال وذا بالتماثل في متحد
الجنس بحيث يتقابل كل جزء من هذا عوض مماثلة اذ لو فضل احد العوضين لخلا ذلك
الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقابل فلا يتحقق المعاوضة بل يكون استحقا لاذلك القدر
بلاعوض وقضية المعاوضة خلافه **قوله** او بصيانة لاموال الناس عن التوى اذ شرط الفضل متول للمال
لان استحقاقه بلامنة وعوض والبيع شرع لتحصيله لا لتوائمه فيكون شرطا غير ملايم للبيع فيبطل (قوله)

او تنميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا

قوله او تنميما للفائدة اي لفائدة البيع باتصال التسليم بالمبيع فان فائدة البيع حصول الملك في المبيع فنفس العقد يثبت ملك الرقبة وتمامه بملك المتصرف وذاك باتصال التسليم بالعقد وذلك في وجوب المماثلة لان وجوب المماثلة يقتضي كون كل واحد منهما مقبوضا وبالقبض يتم الفائدة فقلنا بوجوب المماثلة تنميما للفائدة وفي الكافي للعلامة النسفي وتنميما لفائدة التبايع بوجود التبايض اذ شرط الفضل سبب للتنازع المانع من المقصود بالتبايع وهو التبايض المطلق للتصرف اذ المشروط له الزيادة يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط والاخر يمتنع عن التسليم بوجود الضرر فيقعان في التنازع وهو فساد وما يقتضي الى الفساد فهو فاسد نعم قد رخصي بذلك رما يندم لان طبعه لا يتقارظا هرا الكونه مجبولا على حب المال والمغبون غير ماجور ومحمود فربما يتنازعان عند التسليم والتسلم وفي النهاية للعلامة السغناقي رح او تنميما للفائدة باتصال التسليم بالتماثل يعني في الذهب والفضة اشترط التماثل بالقبض فانهما لا يتعينان بالتعيين فيحتاج الى القبض لتحقيق المماثلة فكان تنميما لفائدة فيه باتصال التسليم بالتماثل اي بعد كون كل واحد منهما مثالا لاخر يجب ان يتصل التسليم بالتماثل حتى يتم فائدة العقد ويحتمل ان يكون معناه عاما في الاموال كلها اي لو لم يكن كل واحد منهما مماثلا لاخر لا يتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين ضررا في حق الآخر واذا كان مثالا لاخر يكون نفعا في حقهما فيكون الفائدة وهي نبوت الملك اتم بعد القبض لانه يكون نفعا في حقهما جميعا بخلاف ما اذا كان احدهما انقص من الآخر **قوله** ثم يلزم عند فوته اي فوت الشرط وهي المماثلة التي هي شرط الجواز حرمة الربوا قوله عليه السلام والفضل ربوا والفضل اسم لكل زيادة والربوا اسم لزيادة هي حرام واذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بناء عليه فيعمل بعلته ثور في ايجاب المماثلة وهو القدر والجنس لا الطعم والشمينة لان وجوب المماثلة لا يكون الا في محل قابل لها * (قوله)

(كتاب البيوع باب الربوا)

والمماثلة بين الشئيين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتاً وتعارفاً اولان في اعتبار سد باب البياعات اول قوله م جيدها وورد بها سواء والطعم والتمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضيق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا فنقول اذا بيع المكمل والموزون بجنسه مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيلاً وفي الذهب بالذهب وزناً بوزن * وان تفاضلاً لم يجز لتحقق الربوا * ولا يجوز بيع الجيد بالردى مما فيه الربوا الا مثلاً بمثل لا هدار التفاوت في الوصف * ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رح العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم

قوله والمماثلة بين الشئيين باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود بصورته ومعناه فانما يقوم المماثلة بهما فالقدرة عبارة عن التساوي في المعيار فيحصل به المماثلة صورة والجنس عبارة عن التشاكل في المعاني فيثبت به المماثلة معنى ولا عبرة للوصف لقوله م جيدها وورد بها سواء ولا جماع فان بيع فقير جيد بفقير ردي وفلس لا يجوز ولان ما لا ينتفع به الا بهلاكه فمنفعته في ذاته فيهدر الوصف اذا المقصود هي المنفعة وهي في الذات بخلاف ما ينتفع به بغير اهلاكه لان انتفاعه بالوصف فيعتبر الوصف ولان الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبراً لقلته ولان في اعتبار سد باب البيع وهو مفتوح فما يؤدي الى انسداد فهو مردود **قوله** والطعم والتمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق والاباحة بابلغ الوجوه لشدة الحاجة اليها دون التضيق كالهواء والماء والنار اذا الحاجة تؤثر في الاباحة كالميتة تحل عند الحاجة وكالطعام في الغنمة يباح تناوله قبل القسمة ولا يباح (تناول)

ومادون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بمادونه ولتوبايها
مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متباضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود
القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والتمنية *

قال واذا اعدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء

تناول سائر الاموال فتعليل الحرمة بماله اثر في الاطلاق لاني الحرمة فاسد لا فضائه الى فساد
الوضع وسبق النص دليلا لانه ذكر الاشياء الستة وعطف بعضها على بعض وذكر لكل حكما
واحدا فلا بد ان يكون علة الحكم متحدة اذ الحكم المشترك لا بد له من علة مشتركة وذا فيما
ذكرنا لا فيما ذكره فان قيل ما تعني بقولك العلة القدر مع الجنس ان عنيت به انه علة الربوا
فهو ظاهر الفساد لان بيع المكييل والموزون بجنسه متماثلا يصح مع وجود العلة وان عنيت
به انه علة وجوب المساواة فليس فيما ثبت اشارة اليه فلناهما علة وجوب المساواة وحرمة الفضل
وقد اشرت الى ذلك لاني بينت ان الخديث اوجب المساواة وانما يتصور وجوبها في محل
يقبلها وذا انما يحصل بالقدر والجنس وباعتبار كونه قابلا للمساواة يجب المساواة وباعتبار وجوب
المساواة يحرم الفضل لغوات حكم الامر وما يوجب احد الضدين يقتضي نفي الضد الآخر
اذا كان مغوتا له كالامر بالمساك في رمضان يقتضي حرمة الاكل والشرب والوقاع لان الضد
مغوت للمامور به فثبت ان القدر والجنس علة وجوب المساواة وحرمة الفضل ومعنى قولنا علة الربوا
القدر والجنس علة وجوب المساواة التي يلزم عند فوتها الربوا او علة كون المال ربويا او علة حرمة
الفضل واذا ثبت ان العلة القدر والجنس تعدى الى سائر المقدرات سواء كان مطعوما او لا *

قوله ومادون نصف صاع فهو في حكم الحفنة هذا اذا كان كل واحد من البذلين
لا يدخل تحت نصف الصاع واما اذا كان احد البذلين لا يبلغ حد نصف الصاع والآخر
يلغ حد نصف الصاع او اكثر فبيع احدهما بالآخر لا يجوز نص على هذا في المبسوط
وقال لوباع حفنة بقفيز لا يجوز **قوله** والمعنى المضموم اليه اي الكيل او الوزن (قوله)

(كتاب البيوع باب الربوا)

لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجد احرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا
وجد احد هما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هروياقي هروي او حنطة
في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحد هما وقال الشافعي رح الجنس بانفراده
لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الاشبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه
حتى يجوز بيع الواحد بالاثنيين فالشبهة الاولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر
او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالمية فتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة

قوله لعدم العلة اي حل التفاضل لدليل الحل وهو قوله تعالى واحل الله البيع وعدم علة الحرمة
لان يثبت حل التفاضل لعدم علة الحرمة لان عدم لا يثبت شبهة لانه ليس بثابت في نفسه **قوله**
وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النساء وهذا راجع الى اصل وهو ان الجنس عندنا احد
وصفي العلة لتحريم الربوا في النقد فيكون علة لتحريم ربوا النساء وعند الخصم الجنسية شرط والشرط
لا اثر له في اثبات الحكم **قوله** وحقيقة الفضل فيه غير مانع حتى يجوز بيع ثوب هروي بثوبين
هرويين فالولى ان لا يمنع شبهته ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى احد الوصفين لوجود
المسوي بينهما من وجه اما ذاتا بالقدر او معنى بالجنس النقد خير من النسبة فيتحقق شبهة الربوا
وهي كالحقيقة حتى فسد البيع مجازفة لاحتمال الربوا وهذا الان كل حكم تعلق بوصفين
مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل واحد منهما شبهة العلية فيثبت بشبهة العلية شبهة
الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقته الا ترى انه لو اسلم قفيز بر في قفيز شعير لا يصح اجماعا ولا يقال
انه بعض العلة وبعض العلة لا يثبت الحكم لانه علة تامة لحرمة النساء وان كان بعض العلة
لحرمة ربوا الفضل وكذلك اسلام المكيلات في المكيلات والموزونات في الموزونات نحو الحديد
والرصاص وما اشبه ذلك يجوز عنده وعندنا لا والشافعي رح ينكر حرمة النساء فانه يقول
التقايض في بيع المطعوم بالمطعوم شرط جواز العقد في عدم الجواز لانعدام التقايض لا لكونه نساء
وهذا خرق لاجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم اتفقوا على حرمة النساء كذا في الايضاح (قوله)

(كتاب البيوع باب الربوا)

الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه بجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقا في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مضمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو مضمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة *

قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابد وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل مانص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابد (وان ترك الناس الوزن فيه) مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس

قوله الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران استثناء من قوله واذا وجد احد هما وعدم الآخر حل التفاضل وحرمة النساء **قوله** ونحوه كسائر الموزونات **قوله** فاذا اختلفا فيه صورة اي في صورة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات ومعنى فان الزعفران مضمن متعين والنقود ممن لا يتعين وحكما فان التصرف في النقود قبل الوزن يصح وفي الزعفران واشباهه اذا باعه موازنة لا يجوز التصرف فيه قبل الوزن **قوله** لم يجمعهما القدر من كل وجه فيتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهذا لانهما اذا اتفقا في الوزن من كل وجه كما لو اسلم الحديد في القطن حرم النساء لشبهة الربوا فاذا اختلفا من هذه الوجوه نزات الشبهة الى شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي الذخيرة وربوا النساء يحرم باحد وصفي علة الربوا وهو الجنس او الوزن او الكيل مثنين او ثمين حتى انه اذا اسلم قفيز حنطة في قفيز شعير لا يجوز اوجود الكيل في مثنين وكذا اذا اسلم الدراهم في الذهب لا يجوز لوجود الوزن في ثمين واذا اسلم الحديد في الزعفران لا يجوز لوجود الوزن في مثنين واذا اسلم الدراهم في الزعفران يجوز لانه لم يوجد الوزن في مثنين او ثمين انما وجد في ثمين ومضمن **قوله** لان النص اقوى من العرف لان العرف يحتمل (ان)

(كتاب البيوع باب الربوا)

لانهاد القوس ابيوسف رح انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا الوباع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متمثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم * **قال** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالواقفي

ان يكون على الباطل واما النص بعد ثبوته فلا يحتمل ان يكون على الباطل ولان العرف حجة على الذين تعارفوا به وليس بحجة على من لم يتعارفوا به واما النص فحجة على الكل * **قوله** لانهاد القوس العادة يرجع اليها لانها مبنية على عقولهم والعقل حجة من حجج الله تعالى كالنص ولهذا قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن **قوله** لان النص على ذلك لمكان العادة اي لان النص بالكيل في المكيل وبالوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان لمكان العادة فيه فكانت العادة هي المنظور اليها **قوله** وقد تبدلت والجواب عنده ان تقرير رسول الله عليه السلام اياهم على ما تعارفوا في ذلك بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لانه لا يعارض النص **قوله** لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه وهو الكيل في الحنطة والوزن في الذهب لان شرط الجواز فيهما المماثلة في الكيل والوزن ولم يعلم **قوله** الا انه يجوز الاسلام في الحنطة وزنا وهو رواية الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله لان المماثلة لا يشترط في المسلم فيه وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما نزاع في التسليم وذا يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانه مكيل بالنص والفتوى على الاول لعادة الناس **قوله** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والتخفيف لغة نصف مناوعن الاصمعي هو الذي يوزن به او يكال به وقال ابو عبيد وزنه مائة دراهم وثمانية وعشرون درهما وزن سبعة معناه ما يباع بالواقفي كالادهان ونحوها والاوتية بالتشديد اربعون درهما وهي افعوة من الواقية لانها تقي صاحبها من الضرر وقبل فعليه من الارق وهو الثقل والجمع الا واقفي (با)

(كتاب البيوع باب الربوا)

لانه قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكائيل فاذا كان موزونا
فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة *
قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضه في المجلس لقوله م الفضة
بالفضة هاء و هاء معناه يد ايد وسنين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى *

قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام
له قوله م في الحديث المعروف يد ايد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللتقد
مزية فتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة
انما هو التمكن من التصرف ويترب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به

بالتشديد والتخفيف وعند الاطباء الاوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة اسباع درهم وهو استارو
ثلثا استارو في كتاب العين الوقية وزن من اوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل وفي شرح السنة
في عدة احاديث وقية ثم تحرف الى وقية قال الازهري واللغة الجيدة اوقية كذا في المغرب ثم قال
وكانهم جعلوا الخاص عاما في مكائيل الدهن فقيل اوقية عشرية واوقية ربعية واوقية نصفية ومنها
قوله في فتاوى ابي الليث رحمه الله ما جمع ادهان من دهن ينظر من الاوقية هل يطيب له ام
لا وعن ابي حنيفة رحمه الله ما رأينا قاضيا يكيل البول في الاوقية *

قوله لانه قدرت بطريق الوزن لانه يشق وزن الدهن بالامناء لانه لا يمسك الا في وعاء وفي وزن
كل وعاء حرج فاتخذت الاواني لذلك تيسيرا بخلاف سائر المكائيل **قوله** وعقد الصرف ما وقع
على جنس الاثمان اي في الطرفين هذا تعريفه وقوله يعتبر فيه قبض عوضه هذا حكمه لقوله عليه
السلام الفضة بالفضة هاء و هاء بوزن هاء اي خذ اي بيع الفضة بالفضة يقال فيه هاء و هاء اي
يقول كل واحد من المتعاقدين لصاحبه هاء فيتقابضان **قوله** وما سواه اي ما سوى الصرف
من العقود الواردة على الاموال الربوية **قوله** خلافا للشافعي رح في بيع الطعام وذكر لفظ
الطعام مطلقا يتناول كل مطعوم سواء اختلف الجنس او اتحد بان باع كرحضة بكر حضة (او)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ومعنى قوله عدم يد ايدينا بعين كذا رواية عباد بن الصامت رضي الله عنه وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والموئل *

قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي رحمه بخالفناه لوجود الطعم على ما مر *

قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانها عندا يحنيفة رحمه وابي يوسف رحمه وقال محمد رحمه لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانها وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت بابطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعين

او بكر شعيرة اتمروا فترقا من غير قبض فانه يجوز العقد عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز له تولد عليه السلام في الحديث المعروف يد ايدي اي قبضا بقبض وانما كنى باليد عن القبض لان اليد آلة القبض ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب اي كما لو باع ثوبا بثوب او بثوبين واكثر قالوا عن قبض فان قيل اذا باع انا فضة بانا فضة وابنا ذهب يشترط فيهما التقابض مع ان انا الفضة والذهب مما يتعين بالتعين فلنا ان الذهب والفضة خلقا ثمينين والتعين بالصنعة عارض فبقي شبهة عدم التعين نظرا الى الاصل فيشترط القبض اعتبارا للشبهة في الربوا بخلاف الطعام فانه ما خلق للثمنية فلا يكون فيها شبهة عدم التعين بعد التعيين *

قوله ومعنى قوله عليه السلام يد ايدينا بعين اذا اليد آلة التعيين كما هو آلة القبض فلم كان حمله على القبض اولى بل حمله على هذا الحق لما روى عباد بن الصامت عينا بعين فان قيل بعين هذا اللفظ اريد القبض في الصرف حتى لو اترقا قبل القبض بطل الصرف فكيف يجوز ان يراد به التعين في بيع الطعام فلنا بل اريد التعين فيهما الا ان التعين في الصرف لا يكون الا بالقبض فاشترط القبض للتعين لا لعينه فلم يختلف المراد **قوله** وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا جواب عن قول الخصم ولانه اذا لم يقبض في المجلس (يتعاقب)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذا في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانها لانه كالي كالي بالكالى وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء * **قال** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعارف فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوي بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل *

يتعاقب القبض يعني ان التجار لا يفصلون في المالمية من المقبوض في المجلس وغير المقبوض بعد ان يكون حالا بخلاف الحال والمؤجل واذا لم يتمكن فضل خال عن المقابلة كان العقد جائزا كما في بيع العبيد والدواب بجنسه او بغير جنسه *

قوله ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد جواب اشكال وهو ان يقال اذا اخرج في حقهما من ان يكون ثمناف يعود وزنيا كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتي صفر وذلك لا يجوز فلم يكن في ابطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد فقال الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد وهما في هذه المباعدة اعراضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما اعراضا عن اعتبار صفة العد وليس من ضرورة خروجها من ان يكون ثمناف في حقهما خروجهما من ان يكون عدديا كالجوز والبيض فهو عددي وليس بثمان فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة الكالي من كلا الدين تأخر كلا فهو كالي ومعنى الكالي بالكالى النسبة بالنسبة **قوله** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق اي لامتساويا ولا متفاضلا بالكيل ولا بغيره **قوله** لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة لان الطحن لم يوجد الاتفرق الاجزاء والشيء بالتفرق لا يصير شيئا آخر فكانت المجانسة باقية من هذا الوجه ومن حيث ان اختلاف المجانسة بين الشيئين انما يثبت باختلاف الاسم والصورة والمعنى وقد تحقق ذلك بالطحن وكانت حرمة الفضل ثابتة قبل الطحن وقد بقيت المجانسة من وجه فلا يزول تلك الحرمة بالشك فاشترط التساوي في بيع الحنطة بالدقيق ولم يوجد لان الكيل لا يسوي (بينهما)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقيق الشرط * وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند
الحنيفة رح متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلىة ولا بيع السويق بالحنطة وكذا
بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود

بينهما لاكتناز الدقيق وتخلخل جبات الحنطة فلذلك لم يجز البيع اصلا لشبهة الفضل فان قيل
الحرمة في الربوا حرمة موقته الى غاية وجود المساواة فلو ثبتت الحرمة بينهما على هذا الطريق
لكانت الحرمة مطلقة لا تنتهي ابد افع كان على خلاف ما اقتضاه النص في الاصل وهو قوله
عليه السلام لا تتبعوا البر بالبر الا متساويا وهذا فرع ذلك فيجب ان يكون على وفاق الاصل والا يلزم
ان يكون مثل ظهار الذمي وذلك لا يجوز لهذا المعنى على ما عرف قلنا الحرمة المتناهية في الربوا
هي حرمة حقيقة الفضل فان تلك الحرمة تنتهي بالمساواة واما الحرمة الثابتة بشبهة الفضل
فغير موقته الا ترى ان حرمة النساء حرمة لشبهة الفضل لا تنتهي الى غاية ولا تنتهي
بالمسوي بل تبقى الى ان يبقى النساء فكذلك ههنا يبقى حرمة بيع الحنطة بالدقيق لعدم إمكان
المساواة ويجوز بيع الدقيق بالدقيق وعند الشافعي رح لا يجوز لانه لا يعتدل في الدخول
تحت الكيل اذ هو ينكس ولهذا لا يجوز بيع الباقلاء بالباقلاء عنده وكذا بيع الرطب بالرطب عنده قلنا
المجانسة بينهما قائمة من كل وجه والاتفاق في القدر ثابت فبيان المجانسة ظاهرا وما يبان
الاتفاق في القدر ان الدقيق كيلى فان الناس اعتادوا بيعه كيلا ولهذا جاز السلم كيلا ويجوز بيعه
في الذمه كيلا وكذا يجوز استقراضه كيلا وحكى عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل رح
ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساوا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين كذا في الذخيرة *

قوله وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح الى قوله لقيام المجانسة من وجه
اذا السويق اجزاء حنطة مقلىة والدقيق اجزاء حنطة غير مقلىة وبيع الحنطة المقلىة بغير المقلىة لا يصح
بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق ولهذا لا يجوز بيع المقلىة بالدقيق ولا بيع الحنطة بالسويق
فكذا بيع اجزائهما بل هذا احق لتوفر المجانسة هنا وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان (لا)

(كتاب البيوع باب الربوا)

قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة *

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفروز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط

لاختلاف المقصود إذ يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصيدة والاطربة ونحوها ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق وإنما يلت بالسمن أو بالعسل فيوكل كذلك أو يشرب بالماء وعن أبي يوسف رح أنه يجوز البيع متساويا لا متفاضلا لأن الدقيق قد يصير سويقا بأن يرش عليه الماء ثم يغلى فيصير سويقا فيغداد يتخذ السويق بهذه الصفة فيعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المآل *

قوله قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة فلا يصلح للزراعة والهريسة وذلك لا يوجب اختلاف الجنس فكذا الدقيق مع السويق إلا أن بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الأصح لعدم المساوي بينهما فإن المقلية لا يعتدل بالدخول في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالغلي إذا قلت رطبة أو ضمورا إذا قلت يابسة وهذا التفاوت معتبرا لأنه يصنع العباد بخلاف التفاوت بين العلكة والمسوسة لأنه بآفة سماوية لا يمكن التحرز عنه وبيع العلكة بالمسوسة يصح لوجود المساوي بينهما حنطة علكة أي يتلزوج كالعلك من جودتها وصلابتها التلزوج التمدد من غير انقطاع المسوسة بكسر الواو والمشددة التي وقع فيها السوسة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام وفي الذخيرة وما يبيع المقلية بالمقلية فيجوز أن تساويا كيلا ياب المجانسة بينهما قائمة من كل وجه وذكر في المبسوط أنه لا يجوز كذا في النهاية **قوله** بلحم من جنسه بأن باع لحم الشاة بالشاة الحية وإنما قيد بلحم من جنسه لأنهما لو كانا مختلفين بأن باع لحم البقر بالشاة وما أشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار بالقلة والكثرة كما في بيع اللحمان المختلف على ما يجبي هذا إذا كانت الشاة حية إما إذا كانت مذبوحة غير مسلوخة فلا يجوز (الـ)

(كتاب اليبوع باب الربوا)

او من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسسم لان اللحم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير * **قل** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند ابي حنيفة رح وقال لا يجوز لقوله م م حين سئل عنه أو ينقص اذا جف فقيل نعم فقال م م لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله م م حين اهدي اليه رطباً او كل تمر خبير هكذا سماه تمر اوبيع التمر بمثله جائز لما روينا

الا على سبيل الاعتبار بالاتفاق وان كانت مسلوخة مفصولة عن السقط جازاً اذا تساوى وزن نلوا الا فلا وسقط المتاع رذاله واراد به هنا ما لا يطلق عليه اسم اللحم من الشاة كالجلد والكروش والامعاء والطحال * **قوله** من حيث زيادة السقط بان قوبل اللحم باللحم او من حيث زيادة اللحم بان قوبل اللحم بالسقط **قوله** وصار كالحل بالسسم اي كبيع دهن السسم بالسسم فانه لا يصح الا بطريق الاعتبار بل اولى لان اللحم في الشاة اثنان من الدهن في السسم لانه قائم بعينه ولكنه مختلط بغيره من الجلد والشحم والدهن ليس بقائم وانما يحدث بالعصر فلما ثبت الربوا بين الدهن والسسم لان ثبت هنا اولى **قوله** لانه يخفف نفسه مرة بصلا بته ويثقل اخرى لاسترخاء مفاصله والميت لاسترخاء مفاصله اثقل من الحي والنساء لاسترخائهن اثقل من الرجال اصلاً بنهم **قوله** بخلاف تلك المسئلة اي بيع الحل بالسسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير فيكون حينئذ بيع الموزون بموزون من جنسه فلا يجوز الا مع التساوي وذلك مجهول والنهي من بيع اللحم بالحيوان فيما اذا كان احدهما نسيئة كما ذكر مقيداً به في رواية وبه نقول **قوله** لا اذا اي لا يجوز اذا كان ينقص عند الجفوف وهذا اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف ولا يعرف ذلك بالمساواة بالكيل في الحال واعتبار المماثلة في اعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالدقيق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن (قوله)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخرة وهو قوله عم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة *
قال وكذا العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه

قوله ولانه لو كان تمرا الى آخره فان قيل فبالنظر الى هذا التريد ينبغي ان يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لان المقلية لا تخلو اما ان كانت حنطة اولم تكن فان كانت حنطة يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة وان لم تكن حنطة يجوز ايضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم قلنا هذا جواب جدلي لاجل دفع الخصم اما الجواب لا بحنيفة رح من قوله او ينقص اذا جف فاطلاق النبي عليه السلام اسم التمر على الرطب وذكر في المبسوط ودخل ابو حنيفة رح بغداد فستل عن هذه المسئلة وكانوا شديدا عليه لمخالفة الخبر فقال الرطب لا يخلو ما ان يكون تمرا ولم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله عليه السلام التمر بالتمر وان لم يكن تمرا جاز العقد ايضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رح كيف يقال ابو حنيفة رح لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وهذا الكلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم ولكن الحجة لا تتم بهذا الجواز ان يكون ههنا قسم ثالث كما في المقلية بغير المقلية ولكن الحجة لا بحنيفة رح الاستدلال بقوله عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل والتمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين ينعدق صورتها الى ان يدرك وما يتردد عليه من الاوصاف باعتبار الاحوال لا يوجب تبدل اسم العين كالآدمي يكون صبيانه شابا ثم كهلا ثم شيخا واذا ثبت ان الكل تمر يراعى وجود المماثلة حالة العقد على الصفة التي دخلت في العقد فان قيل لو كان الرطب تمرا ينبغي ان يحث فيما اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل تمرا قلنا مبني الايمان على العرف وفي العرف الرطب (غير)

كتاب البيوع باب الربوا

وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحظنة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا
كيلا عندنا لانه يبيع التمر بالتمر وكذا يبيع الحظنة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة
او التمر او الزبيب المتقح بالمقح منهما متماثلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال
وهو المال وابي حنيفة رح يعتبره في الحال وهكذا ابو يوسف رح عدلا باطلاق
الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا له لهما

غير التمر وتاويل الحديث ان صح ان السائل كان وصيا لليتيم فلم ير رسول الله عليه السلام
في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار التقصان عند الجفوف فمنع الوصي منه على طريق
الاشفاق لاعلى وجه بيان فساد العقد كذا في المبسوط ولان الصحيح انه سئل عن بيع
الرطب بالتمر نساء كذا روى ابو داود في سننه وبه نقول *

قوله وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لا بين حنيفة رحمه الله بين بيع التمر
بالرطب وبيع العنب بالزبيب على هذه الرواية هو ان النص ورد باطلاق لفظ
التمر على الرطب في قوله عليه السلام او كل تمر خيره كذا ولم يرد باطلاق
اسم الزبيب على العنب **قوله** لما روينا لهما وهو قوله عليه السلام لا اذا ولا يقال
وجب ان لا يصح بيع المبلولة بالرطبة ولا باليابسة كالمقلية بغير المقلية لان الحظنة
في الاصل تخلق رطبة ويكون مال الربوا على هذه الصفة فاذا بليت بالماء عادت الى تلك
الصفة الاصلية فاذا وجدت المماثلة في المعيار الشرعي جاز العقد واما الحظنة لم تخلق
مقلية حتى يكون هذا اعادة تلك الصفة الاصلية قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله
ان الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله ان يبيع الحظنة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز
اذا بليت الحظنة وانتخت اما اذا لم تنتخ بعد لكن بليت من ساهته يجوز بيعها باليابسة
اذا تساويا كيلا كذا في المحبط والذخيرة *

(قوله)

(كتاب البيوع باب الربوا)

ووجه الفرق لمحمد ر ح بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما انعقد صورته لاقبله والكفري عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسبة لا يجوز للجهالة **قال** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسهم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالشجير لان عند ذلك يعري عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا ان ما فيه لو كان اكثر او مساوياً له

قوله ووجه الفرق لمحمد ر ح بين هذه الفصول وهي بيع الحنطة الرطبة او المبلولة الى آخرها وبين الرطب بالرطب وكذا بين العنب بالعنب ان التفاوت في هذه الفصول يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وهو الحنطة والزيت والتمر وفي بيع الرطب بالتمر مع بقاء احدهما وكان هذا تفاوتاً في المعقود عليه وفي الرطب بالرطب والعنب بالعنب بعد خروج البدلين عن اسم عقد عليه العقد فلا يكون ذلك تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر فيصح العقد **قوله** فان هذا الاسم اي اسم التمر له من اول ما انعقد صورته لاقبله فان قبل انعقاد صورته اسمه الكفري وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء كم النخل لانه يستمر ما في جوفه **قوله** والكفري عددي متفاوت هذا جواب عما يقال الكفري لما لم يكن من جنس التمر وجب ان يجوز الاسلام في الكفري اذا جعل التمر رأس المال فاجاب ان الكفري عددي متفاوت فلم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة **قوله** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت اي بيع ثمرة الزيتون بالزيت وفي المغرب الزيتون من العصارة ويقال لثمرة الزيتون ايضاً ولدهنه الزيت والشيرج الدهن الايض ويقال للعصير والنبيذ قبل ان يتغير شيرج ايضاً وهو تعريب شيرة (قوله).

(كتاب البيوع باب الربوا)

فالتجبر وبعض الدهن أو التجبر وحده فضل ولولم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا
والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدنه واللبن بسمنه والغنب بعصيره والتمر بدسه
على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع

قوله فالتجبر وبعض الدهن فضل ينصرف الى قوله لو كان اكثر وقوله والتجبر وحده الى
قوله او مساويا له فان قيل ينبغي ان يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم باي وجه كان لان
الدهن وزني والسمسم كيلبي قلنا المقصود من السمسم ما في السمسم وهو دهنه فيكون حينئذ
بيع الجنس بالجنس فان قيل لو كان ما في السمسم مقصودا او تجبره ايضا مقصودا حتى جعل
بمقابلته شيء من الدهن ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن
والتجبر الى خلاف الجنس كما في مسئلة الاكرار وهي بيع كرحنطة وكرشعير بثلاثة اكرار حنطة
وكرشعير قلنا ذاك الصرف الى خلاف الجنس انما يصح في المنفصل خلقته كما في مسئلة الاكرار لانه
لما كان منفصلا خلقته امكن اعتباره منفصلا في حق الصرف الى خلاف الجنس ايضا وفي المبسوط
والاصل في جنس هذه المسائل ان المجانسة بين الشئتين يكون باعتبار العين تارة وباعتبار ما
في الضمن اخرى وفيما اذا وجدت المجانسة عينا لا يعتبر ما في الضمن حتى يجوز بيع
تفيز حنطة ملكة بقفيز حنطة قد اكلها السوس ولا يعتبر ما في الضمن وفي الحنطة بالدقيق يعتبر
المجانسة بما في الضمن حقيقة وان كان ذلك شيا آخر حكما حتى ان الغاصب اذا غصب حنطة
وطحنها يصير ملكا له ثم لا مجانسة بين الزيتون والزيت صورة فيعتبر ما في الضمن **قوله** والشبهة
فيه كالحقيقة ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما لان اللحم في شراء الحيوان غير مقصود
وانما المقصود الدر والنسل والاسامة وانه يعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصودا
كما في الزيت والزيتون والسمسم بالشيرج الا ترى ان اللحم في الحيوان وان كان موجودا
حقيقة فهو كالمعدوم حكما حتى لو اخذ بضعة من لحم الحيوان لايحل تناولها عرفنا ان مقصود
اللحم حصل بالذبح حكما فلا يعتبر قبله **قوله** على هذا الاعتبار يعني ينبغي ان يكون المفرز (في)

كتاب البيوع باب الربوا

قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراعاة لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضان وكذا العراب مع البختاني * **قال** وكذلك البان البقر والغنم ومن الشافعي رح انها جنس واحد لا اتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا جزاؤهما اذا لم تتبدل بالصنعة * **قال** وكذا اخل الدقل بخال الغنم للاختلاف بين اصليهما فكذا بين ما بينهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد * **قال** وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا * **قال** ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا

في هذه الاشياء اكثر مما في هذه الاشياء والقطن بغزله قيل يجوز لاختلافهما حقيقة وقيل لا يصح الا بطريق الاعتبار لان في القطن غزلا لكنه دقيق جدا والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان ابي سواء كان القطن اكثر مما في الكرباس من القطن او اقل او مساويا بالاجماع * **قوله** وكذا البان البقر والغنم معطوف على قوله ويجوز بيع اللحمان المختلفة **قوله** وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد لا اتحاد المقصود وهو التغذي والتقوي والاختلاف بعد ذلك يرجع الى الوصف **قوله** اذا لم تتبدل بالصنعة معناه ان للاجزاء حكم الاصول ما لم تتغير بالصنعة كما في الدهن مع السمسم والعصير مع الغنم واذا تغير بالصنعة لم يبق له حكم الاصل كالخبز مع الحنطة والكرباس مع القطن والدبس مع الغنم يجوز البيع كيف ما كان وقيل معناه ان اختلاف جنس الاصول دليل لاختلاف جنس الشروع الا ترى انه لا اتحاد في المقصود فان مقصود الثمن يحصل بلبن البقر دون لبن الابل وكذا بعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البهائم وقد يضره البعض وينفعه البعض حتى ان ما يكون اصله جنسا واحدا فانه جنس واحد كالبقرة مع الجواميس لكن اختلاف الاصل انما يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة فان الاجزاء المختلفة اذا ابدع فيها صنعة تصير كجزء واحد بان اتخذ منها الجبن لا يجوز بيعه متفاضلا وفي مسئلتنا لم تتبدل بالصنعة فيكون الاجزاء مختلفة كاصولها وشعر المعز وصوف (١)

(كتاب البيوع باب الربوا)

لان الخبز صار عددا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن
ابن حنيفة رح انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز
ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عندا يبيوسف رح وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز
في الصحيح ولا خير في استقراره عددا او وزنا عندا يبن حنيفة رح لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتور

الغنم جنسان فان قيل يجب ان يكون جنسا واحدا لان المعز والغنم جنس واحد حتى
اعتبر اتجادهما في حق الالبان وفي حق تكميل النصاب قلنا نعم كذلك الا ان المقاصد فيهما
قد اختلفت فان الحبال الصلبة والمسوح انما تتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن واللبود
واللغافة انما تتخذ من صوف الضأن دون شعر المعز فصارا بسبب اختلاف المقاصد جنسين
مختلفين وحصل من هذا ان ما يوجب اختلاف الجنس في الشيء ثلاثة احدها اختلاف
الاصول كاللبان البقر والغنم وكذا الحومهما والثاني التبدل بالصنعة مع اتحاد الاصل كالوزاري
والزردنجي والخبز مع الدقيق وذكر في المبسوط وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ
والدهن المربى بالبنفسج مع غير المربى يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربى برطلين
من غير المطبوخ وغير المربى لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها وذكر في الذخيرة
لوباع قمقمه من حديد او صفرا ونحاس بقدمتين من جنسها يجوز يد ابيد لان الناس تركوا
وزنها مع الامكان وترك الوزن فيما ثبت الاصطلاح على الوزن اعراض عن الاصطلاح على
الوزن وخروجها عن الاصطلاح على الوزن لم يكن الا باعتبار الصنعة فعلم ان للصنعة تاثيرا في تغير
الاجناس والثالث اختلاف المقصود وان لم يتبدل الاصل والصنعة كشعر المعز وصوف الضأن *

قوله لان الخبز صار عددا اي عند محمد رح او موزونا اي عندا يبيوسف رح **قوله** ولا خير فيه اي
لا يجوز على وجه المبالغة لانه نكرة في موضع النفي فتعم نفي جميع الخبيرة وكذا السلم في الخبز
جائز في الصحيح احترازه عما روي عن ابن حنيفة رح انه لا يجوز وفي المبسوط واما السلم في الخبز فلا
يجوز عندا يبن حنيفة رح ولا يحفظ منهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول يجوز عندهما (على)

(كتاب البيوع باب الربوا)

والتقدم والتأخر وعند محمد رَح يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رَح يجوز وزنا ولا يجوز عددًا للتفاوت في آحاده * **قال** ولا ربوا بين المولى وعبده لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا إذا كان ماله ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رَح وعندهما تعلق به حق الغرماء فصارت كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه * **قال** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لأبي يوسف والشافعي رَح لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولأن مالهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذ المسلم أخذ ما لا مباحاً إذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظوراً بعقد الامان

على قياس السلم باللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عن أبي حنيفة رَح أنه قال لأنه لا يوقف على حدة معناه أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الثقيل والخفيف ثم بهذه العلة اعتبر أبو حنيفة رَح الاستقراض فيه لأن السلم أوسع باباً من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض فإذا لم يجز السلم في الخبز بهذا المعنى فلان لا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف رَح يقول الخبز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزناً يجوز وفي الذخيرة ذكر شيخ الإسلام خواهرزاده رَح لا يجوز السلم في الخبز عند أبي حنيفة ومحمد رَح لا وزناً ولا عدداً وعلى قول أبي يوسف رَح أنه يجوز وزناً واختار المشايخ للفتوى قول أبي يوسف رَح إذا اتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحنأ وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه وقت القبض *

قوله بالتقدم والتأخر يعني في أول التور وفي آخره **قوله** هذا إذا كان ماله ولم يكن عليه دين لأنه لا يتحقق البيع فلا يتصور الربوا **قوله** لهما الاعتبار بالمستأمن أي يتحقق الربوا بين المسلم والمستأمن في دارنا فكذا في دارهم والجامع تحقق الفضل الخالي من العوض المستحق بعقد البيع والجواب ما ذكره في الكتاب (قوله)

(كتاب البيوع باب الحقوق)

* باب الحقوق *

ومن اشترى منزلا فوفقه منزل فليس له الا على الا ان يشتره بكل حق هوله او بمرافقه او بكل قليل وكثير هوله فيه او منه ومن اشترى بيتا فوفقه بيت بكل حق هوله لم يكن له الا على ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينظم العلو لانه اسم لما دبر عليه الحد ودوا العلوم من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يات فيه والعلوم مثله والشئ لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه الا بالتخصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذا لا يكون فيه منزل الدواب فله شبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً

* باب الحقوق *

قوله ومن اشترى منزلا فوفقه منزل المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن ومسقف ومطبخ يسكنه الرجل بعباله والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكانت الدار اعم من اختيها لاشتمالها عليهما فاستبعت العلو ذكر الحقوق اولا والبيت اسم لما يات فيه والعلوم مثله بلافاف فلا يدخل الا بالتخصيص والمنزل دون الدار وفوق البيت فيدخل العلو فيه تبعاً بذكر التوابع عملاً للشبهه بالدار ولا يدخل بدونه عملاً للشبهه بالبيت **قوله** بكل حق هوله اى للمنزل من الطريق والمسيل او بمرافقه او بكل قليل وكثير هوفيه نعم الميزاب او منه كالكنيف ونحوه اى يدخل الا على بواحد من هذه الالفاظ الثلاثة **قوله** والشئ لا يكون تبعاً لمثله فان قيل يشكل على هذا المستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكتب قلنا المراد من عدم التبعية ههنا فى اللفظ الواحد بان يكون اللفظ موضوعاً للشئ فعند ذكر الشئ ان يدخل هو ومثله فانه لا يصح بل ما كان تبعاً لذلك الشئ يدخل تبعاً للمذكور الذى وضع له اللفظ مقصوداً او ما فى الاعارة والمكاتب لم يتبع للفظه ما هو مثله ايضا ولكن لما اعار لرجل فقد ملكه المنافع وولاية الاعارة للمستعير انما نشأت من تملكه المنافع كما ملك الا انه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل (بخلاف)

(كتاب البيوع باب الحقوق)

هـذ ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلوي جميع ذلك لان كل بيت يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو من علو وكما يدخل العلوي اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذكرنا عند ابي حنيفة رح لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتوح في الدار يدخل من غير ذكر شي مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف **قال** ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هوله او يمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسبل لانه خارج الحدود الا لانه من التوابع فيدخل بذكر التوابع

بخلاف المالك لان المستعارة امانة في يده وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التغير فيه بسبب استعمال المستعير الثاني فمنع عنه حذار وقوع التغير به وكذلك المكاتب لما اختص بمكاسبه كان هو احق بتصرف يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبدة تسبب الى ما يوصله الى مقصوده عسى * **قوله** عند ذكر التوابع وهو قوله بكل حق او امثاله **قوله** وقيل في عرفنا العلوي يدخل في جميع ذلك قالوا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلوي الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا او كبيرا الادار السلطان فانه يسمى سراي **قوله** ولا يدخل الظلة الا بذكرنا وهو قوله بكل حق هوله والظلة هي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومفتحتها في الدار و ذكر في المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون به السدة التي فوق الباب **قوله** لم يكن له الطريق يعني الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام يدخل وكذا ما كان لها من حق مسيل الماء او حق القاء النجس في ملك انسان فلا يدخل كذا في شرح الطحاوي وفي الذخيرة بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله حتى ان من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثاني لا الاول (قوله)

(كتاب البيوع باب الحقوق)

بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجر فيه فيدخل تحصيله للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدون المشتري عادة يشترطه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله اعلم *

قوله بخلاف الاجارة فان هذه الاشياء تدخل فيها وان لم يذكر الحقوق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدون الطريق والمسيل والشرب فيدخل ضرورة تصحيح العقد فاما المبيع فانه موضوع ملك العين لا الانتفاع بنوع معين ولهذا يجوز بيع ما هو غير منتفع به في الحال كالمهر الصغير والحش والارض السبخة ولا يجوز اجارتها وفي الفوائد فرق بين الاجارة وبين القسمة فان الدار اذا كانت بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه في ما اصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماء في ذلك فالقسمة فاسدة ولم يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق والمرافق تحريا لجواز القسمة كما في الاجارة والفرق ان في الاجارة موضع الشرب ليس مما يتناوله الاجارة ولكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستاجر والاجر انما يستوجب الاجرا اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما فاما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو اثبتنا لاهما حقا في نصيب الآخر يتضرر به الآخر الا اذا ذكر الحقوق والمرافق لانه دليل الرضا به ثم فرق بين البيع والقسمة حيث يدخل الطريق والمسيل في البيع اذا ذكر الحقوق وان امكنه ان يفتح الباب فيما ابتاع ويسيل ماء فيه وفي القسمة لا يدخل والفرق ان المقصود بالقسمة تمييز احد المالكين عن الآخر واختصاص كل واحد من الانتفاع بنصيبه على وجه لا يشركه الآخر فيه فلا يصار الى الانتفاع بنصيب صاحبه الا عند التعذر والانتفاع بنصيب صاحبه لا يخل بمقصود البيع فلهذا افترقا (قوله)

(كتاب البيوع باب الاستحقاق)

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بيينة فانه ياخذها واولادها وان اقربها
لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كما سمها مبينة فيظهر بها
ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة

باب الاستحقاق

قوله ان البينة حجة مطلقة حتى تظهر في حق كافة الناس لان البينة تصير حجة بالقضاء وللقاضى
ولاية عامة فيتعدى الى الكل واما الاقرار فحجة قاصرة لانه لا يتوقف على القضاء وله ولاية
على نفسه دون غيره فيقتصر عليه ولهذا يرجع الباعه بعضهم على بعض لو استحق بالبينة
ولا يرجع في الاقرار وفي الفوائد الملك لا بدله من زمان ومن سبب وفي الازمان والاسباب
تزامان والزمان الذي فيه ابتداء حدوث الملك لا يزاحمه زمان آخر فكان تعيين ذلك
الزمان اولى والنسب ايضا سبب لا يزاحمه سبب آخر فكان تعيينه سببا اولى ولهذا قلنا لو ادعى
ملكنا مطلنا ثم ادعى ملكا بسبب صحت الدعوى وعلى العكس لا تصح لان في الفصل
الاول ادعى ما هو ناقص وفي الفصل الثاني ادعى ما هو زائد ولا يقال الملك المطلق لو كان
ثبوته من الاصل وجب ان لا يترجح بيينة النتائج على بيينة الملك المطلق لان ثبوت الملك
من الاصل في النتائج قطعي وهذا ثبوته ضرورة دلالة الدليل فلا يعارض الثابت قطعا ولا يقال
بان ما ذكرتم من تعارض الازمان والاسباب موجود في الاقرار ولا يقتضى بالملك فيه
من الاصل لان الاقرار اخبار صيغة تملك معنى لان الملك ثابت للمقر بظاهريده
وانه يملك انشاء سبب الملك لغيره فمن حيث انه اخبار ان كان يوجب ثبوته في الولد
كما في البينة فمن حيث انه تملك لا يوجب استحقاق الولد فلا يثبت الاستحقاق
في الولد بالشك فاما الشهادة فاخبار من كل وجه والشاهد ان لا يملك ان التملك
من المشهود له فاعتبر اخبارا من كل وجه فيثبت الاستحقاق من الاصل (قوله)

(كتاب البيوع باب الاستحقاق)

يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد بالقضاء بالام تبعاً وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رح لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعاً *

قال ومن اشترى عبداً اذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضراً او غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبداً مقرباً بالعبودية فوجده حراً لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذباً فصاركما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء عتق العبد على امره واقارره اني عبد اذا القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذرا الا فيما لا يعترف مكانه

قوله يثبت الملك في المخبر به وهو كون الامة ملكاً له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعاً اي في فصل البينة وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح لان الولد يوم القضاء اصل بنفسه فلا بد له من الحكم مقصوداً لعل عليه ما قال محمد رحمه الله فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعاً **قوله** ومن اشترى عبداً اي شخصاً على ظن انه عبد وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد انما قيد بهذين القيدين لانه لو قال وقت البيع اني عبد ولم يأمر بالشراء او قال اشترني ولم يقل اني عبد لا يرجع عليه بالثمن في قولهم جميعاً **قوله** على كل حال اي كان الراهن حاضراً غائباً **قوله** لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة اي الرجوع بالثمن وجوبه بالمعاوضة او بالكفالة لما ان انواع الرجوع على الغير بالضمان كثيرة وذكر شمس الائمة رحمه الله في الجامع الصغير قول محمد رح مع قول ابي يوسف رحمه الله (قوله)

(كتاب البيوع باب الاستحقاق)

والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجب بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبا بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبيدي هذا فاني قد اذنت لهم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رح لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع .

قوله والبيع عقد معاوضة يستحق به السلامة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة على ما هو موجب اي موجب البيع فانه يقتضي سلامته بازاء سلامته فيجعل العبد بالامر ضمانا لسلامته بدله عند عدم سلامة نفسه وتعذر رجوعه على البائع نفيا للغرور والضرر ولا تعذرا لا فيما لا يعرف مكانه بخلاف الرهن لانه لم يشرع معاوضة بل شرع ملك الحبس من غير عوض ويصير بعاقبته استيفاء لعين حقه من غير عوض فلا يمكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة **قوله** حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه هذا استدلال بجواز الرهن على ان الرهن ليس بمعاوضة اذ لو كان معاوضة لكان استبدالا ببدل الصرف والمسلم فيه ضرورة وقوع الاستيفاء بهلاك الرهن وانه حرام فلم يكن هذا غرورا في عقد معاوضة فلا ينتهض سببا للضمان ولهذا اذا سأل رجل غيره عن امن الطريق فقال له اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فسلب اللصوص امواله لم يضمن المخبر بشيء لانه ضرر فيما ليس بمعاوضة وبخلاف الاجنبي فانه لا يبالي باخباره اذ لا علم له بحال العبد ظاهرا فلا يتحقق الغرور **قوله** لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود يفتنون في شهادتهم الى تعيين الام فيحرم (فرجها)

(كتاب البيوع باب الاستحقاق)

لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعناق فالتناقص لا يمنع لاستبداد المولى به وصار
كالمتخلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على
الاعناق قبل الكتابة *

قال ومن ادعى حقاً في دار معناه حقاً مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم

فاستحققت الدار الاذراعاً منها لم يرجع بشيء لان للمدعى ان يقول دعواي في هذا الباقي *

قال وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجوع

بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامة المبدل *

ودلت المسئلة على ان الصالح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما

يسقط لا تفضي الى المنازعة والله اعلم بالصواب *

فرجها على من يدعي انها ملكه وكذا بناتها وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق

الله تعالى لا يشترط الدعوى كما في عتق الامه حتى لو خلت من تحريم الفرج كولد المغرور

وهو حر الاصل ولا يتضمن حرمة فرج الام لكون الدعوى فيه شرطاً والتناقص مانعاً *

قوله لخفاء العلوق فانه قد يجلب من دار الحرب صغيراً ولا يعلم حرية ابيه وامه فيتر

بالرق ثم يعلم بحريتهما فيه فيدعي الحرية والتناقص فيما يجري فيه الخفاء لا يمنع صحة

الدعوى **قوله** كالمتخلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع وانما قيد بالثلث

لان فيما دون الثلث يمكن ان يقيم الزوج البينة انه تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته

المرأة بينتها قبل يوم او يومين واماً في الثلث فلا يمكن **قوله** ومن ادعى حقاً الى

آخرة وهذه المسئلة تدل على ان الصالح على معلوم عن المجهول صحيح لان الجهالة

في الساقط لا تفضي الى النزاع وعلى ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصالح

لان دعوى الحق في الدار ليست بصحيحة لجهالة المدعي ولو اقام البينة عليه لا تقبل

بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق فحينئذ يصح الدعوى وتقبل البينة (فصل)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره بغير امر فملك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رح لا ينقذ لانه لم يصد رعن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدوا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية

فصل في بيع الفضولي

في المغرب الفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خبر فيه حتى قيل فضول بلا فضل وسن بلا سن وطول بلا طول وعرض بلا عرض ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي لانه لما صار بالغبلة لهذا المعنى صار كالعلم له ولم يصر الي واحد في النسبة كما في اعرابي وانصاري وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ الاصل ان العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حاله العقد وان لم يكن لها مجيز حاله العقد لا يتوقف وتقع باطله والشرعي لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا عليه يتوقف وقال الشافعي رح لا يتوقف عقد بيانه ان الصبي المحجور عليه اذا باع ماله واشترى شيئا وتزوج امرأة او زوج امته وكاتب عبده او عقد عقدا يجوز عليه لو فعله وليه في حالة الصغر فاذا فعله بنفسه في حالة الصغر يتوقف على اجازة وليه في حالة الصغر ولو بلغ الصبي قبل ان يجيزه الولي فاجازة بنفسه جاز ولا يجوز بنفس البلوغ من غير اجازة بعده ولو ان الصبي طلق امرأته خلعها او اعتق عبده على مال او بغير مال او وهب ماله وتصدق وزوج عبده امرأة او باع ماله بمحابة فاحشة واشترى شيئا باكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله وغير ذلك من العقود مما لو فعله عليه في حال صغره لا يجوز عليه فهذه العقود كلها باطلة لا تتوقف وان اجازها الصبي بعد البلوغ لم تجز لان هذه العقود لا مجيز لها وقت العقد فلا يتوقف على الاجازة **قوله** لانها بالملك او باذن المالك اي لان الولاية الشرعية **قوله** ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية والقدره اما بالملك او بالاذن (قوله)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

ولأنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن

قوله ولأنه تصرف تمليك هذا من قبيل اضافة العام الى الخاص اي تصرف وهو تمليك وإنما قيد بالتمليك احترازاً عن تصرف هو اسقاط كالطلاق والعناق فان الصبي اذا طلق امرأته او اعتق عبده على مال او بغير مال لا يتوقف على اجازة الولي ولا على اجازة نفسه بعد البلوغ بخلاف ما اذا باع ماله او اشترى شيئاً او تزوج امرأة او تزوج امته فان هذه التصرفات منه يتوقف على اجازة الولي او اجازة نفسه بعد البلوغ اما اذا صدر تصرف اسقاط من الفضولي بان طلق امرأة انسان او اعتق عبده فانه يتوقف على الاجازة لان له مجيزاً حال وقوعه وقد صدر من أهله في محله أما بيان الاهلية فان التصرف كلام والاهلية للكلام حقيقة بالتمييز واعتباره شرعاً بالخطاب وأما بيان المحلية فان البيع تمليك مال بمال فالمحل انما يكون محلاً بكونه مالاً متقوماً وبانعدام الملك للفاقد في المحل لا ينعدم المالية والتقوم الا ترى انه لو باعه باذن المالك يجوز وما ليس بمحل لا يصير محلاً بالاذن ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا او غير مالكا فان قيل اعتبار التصرف شرعاً لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية احكامها واشتراط الملك في المحل لاجل الحكم والتمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن المتصرف مالكا لاعتصره لا نعدام حكمه قلنا الجواب عن هذا السؤال بطريقتين احدهما لا نسلم ان الحكم لا يثبت بهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب البات الملك البات ولهذا الواعق المشتري ثم اجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك في اثبات ملك موقوف بهذا السبب كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب فاما الضرر ففي زوال ملكه وبالملك الموقوف لا يزول ملكه الثابت والثاني ان السبب انما يلغو اذا خلا من الحكم شرعاً فاما اذا تأخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب (وتارة)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

وغیره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية
تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع *
قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف
في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدین والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن
مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة

وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار والعتة لا تبطل بتأخر حكمها لما نفع فان اصل البيع صحيح
من المالك والحكم متأخر على اصل الشافعي رح الي ان يتفرقا لانه تأخر لما نفع وهو الخيار وكذلك
الراهنان اذا تباعا رهنا برهن بغير اذن المرتهنين انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذلك الطلاق
الي شهر سبب للايقاع صحيح والحكم متأخر وكذلك شهر رمضان سبب لوجوب الصوم
والوجوب متأخر في حق المسافرين والمريض ولا يلزم طلاق الصبي الذي يعقل امرأته فانه لا ينعقد
وان كان هواهل الكلام حتى لو طلق امرأة غيرة صح والمحل موجود وهو المنكوحه لاننا نقول ان الشرع
الحق الصبي بالذي لا يعقل فيما يضره من الاحكام نظرا له حتى لا يلزمه حقوق الله تعالى
وان تحققت الاسباب من ادراك وقت الصلوة وتحققت الشروط من ملك الزاد والراحلة
لان اللزوم ضروري في نفسه فالتحق شرعا بالبهيمة والطلاق اضرا لانه ابطال ما شرع مصلحة
كالهبة فلا يبقى اهلا للكلام من ذلك الوجه كما لم يبق اهلا لوجوب حقوق الله تعالى *

قوله وغیره وهو حقوق العبد فانها لا ترجع الى المالك **قوله** وفيه نفع المشتري لانه اقدم عليه
طائعا ولولم يكن فيه نفع لما اقدم عليه **قوله** كيف وان الاذن ثابت دلالة اي في حق الانعقاد
لان النفع فيه **قوله** بمنزلة الوكالة السابقة من حيث ان كل واحدة منهما يثبت الحكم
او من حيث ان كل واحدة منهما رافعة للمانع فان قيل لانسلم ان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة
السابقة الا ترى ان الفضولي اذا باع ملك الغير والمشتري من الفضولي باع من غيرة
ثم اجاز المالك بيع الفضولي لا ينفذ بيع المشتري من الفضولي قلنا الملك الموقوف (اذا)

(كتاب اليبوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

والفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينارا وان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض بائنا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث

اذا طرأ عليه الملك البات ابطال الموقوف وهنا ملك المشتري من الفضولي يكون بائنا باجازة المالك فيبطل ملك الشخص الذي اشتراه من مشتري الفضولي *

قوله والفضولي ان يفسخ قبل الاجازة الى قوله بخلاف الفضولي في النكاح اي الفضولي في البيع التفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه وليس للفضولي في النكاح ذلك يريد بدانه ليس له التفسخ بالقول وله ان يفسخ بالفعل بان زوج رجلا امرأة برضاها قبل اجازة الزوج زوجته اختها كان نقضا للنكاح الاول **قوله** لانه معبر محض حيث لا يرجع الحقوق اليه اذا عبر فقد انتهى نصا وهو بمنزلة الاجنبي **قوله** ثم الاجازة اجازة نقدا اي اجازة ان ينقد الثمن من ماله **قوله** لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على اجازة من اشترى له اي اذا وجد نقدا واما لو لم يجد نقدا على العاقد فانه يتوقف على اجازة من اشترى له كالصبي المحجور والعبد المحجور اذا اشترى بالغير هما فانه يتوقف على الاجازة وهذا اذا اضاف العقد الى نفسه واما اذا اضاف العقد الى الذي اشتراه له نحو ان يقول للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال الآخر بعت وقبل المشتري هذا البيع منه لاجل فلان او يقول البائع بعت هذا العبد من فلان بكذا او قبل الآخر لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة ذلك الرجل واما اذا قال المشتري اشتريت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال البائع بعت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان وقال المشتري اشتريت نقدا للشراء على نفسه ولا يتوقف وتحقق ان الثمن اذا كان عرضا كان الفضولي بائنا معبرا بمشتري العرض من وجه الشراء فلا يتوقف لان الثمن يلزم في ذمة المشتري بالشراء فيلزمه بالتزامه (بخلاف)

(كتاب البيوع... باب الاستحقاق... فصل في بيع الفضولي)

في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازه غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاءه ثم رجع ابو يوسف رح وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك *

قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فاعتق جائزا استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لانه لا اعتق بدون الملك قال عم لا اعتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه

بخلاف البيع لان قيامه بالمبيع وهو ملك الغير ويتضرر الغير بلزوم العقد فقلنا بالتوقف لئلا يتضرر الغير به فاذا اجاز المالك البيع بالعرض كان مجبزا نقدا مملوكه عوضا عما اشترى وصار الفضولي مستقرضا عن المالك ما باعه وان كان حيوانا لان استقراضه يصح في ضمن الشراء وان كان لا يصح قصد الا انه يثبت مقتضى الشراء فيثبت بشروطه والشراء مشروع فيكون ما في ضمنه مشروعا ويرجع عليه المالك بمثله ان كان مثليا وبقيمته ان لم يكن مثليا واعتبار جانب الشراء احق من البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقد عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الاصل *

قوله في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن دينارا وعرضا **قوله** فلا يجوز باجازه غيره فان قيل يشكل بالامة اذا تزوجت بغير اذن مولا هاتم مات المولى فانه ينفذ باجازه الوارث اذ لم يحل له وطئها قلنا الامة تصرفت باهلينها لانها باقية على اصل الحرية فيما هو من خواص الادمية والنكاح من خواصها وانما يوقف على اجازة المالك كيلا يتضرر المالك والوارث مالك كالمورث ولم يثبت ملك بات لي بطل الملك الموقوف **قوله** لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو بقاء المبيع فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وهما طرف البقاء اجمع لان الاصل في كل موجود بقاءه ما لم يتيقن بالمزيل وهما لم يتيقن بالمزيل فكان باقيا عملا بالاصل قلنا اذ اك عمل باستصحاب الحال وهو يصلح حجة للدفع لالاثبات وهنا يحتاج الى نفاذ البيع وثبوت الملك (في)

(كتاب البيوع... باب الاستحقاق... فصل في بيع الفضولي)

والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه

في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح الاستصحاب حجة فيه فكان هذا نظيراً لاستحقاق الشفعة بظاهر الملك للشفع بغيره بما في يده عند انكار المشتري ملكه حيث لا يكتفى به *

قوله والمصحح للاعتاق الملك الكامل لتو له عليه السلام لا اعتق فيما لا يملكه ابن آدم فان قيل الملك الناقص يكفي لصحة الاعتاق الا ترى انه لو اعتق المكاتب يصح والملك في المكاتب ناقص بدليل حرمة وطى المكاتب بخلاف المدبرة فان الملك فيها كامل والرق ناقص وفي المكاتب على العكس قلنا نعم كذلك الا ان الكتابة ينسخ في ضمن الاعتاق لما ان عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد وانما رضى بالاعتاق بالبدل كان ارضى للاعتاق بدون البدل **قوله** ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان يعني ان الغاصب لو اعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت للمشتري هنا حتى ينفذ بيعه ولا ينفذ بيع المشتري منه ثم لم ينفذ عتقه عند اداء الضمان فالولى ان لا ينفذ عتق من تلقى الملك من جانبه **قوله** وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه اي المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا ترى ان الغاصب اذا ادى الضمان نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه والمكاتب هو الماذون يملك ان البيع لا الاعتاق وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان فينبغي ان لا يصح اعتاقه في فصل الاجازة ايضا **قوله** بتصرف مطلق احتراز من البيع بشرط الخيار موضوع لافادة الملك احتراز من الغصب لان الغصب ليس بموضوع لافادة الملك (قوله)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

فصار كاعتاق المشتري من الرأهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان الاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله

قوله فصار كاعتاق المشتري من الرأهن والجامع اعتاق في بيع موقوف **قوله** لان الغصب غير موضوع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما يثبت الملك به ضرورة عند اداء الضمان كيلا يجتمع في ملك واحد بدلان فلم يكن الغصب في الحال سبب الملك ليتوقف الملك ويتوقف العتق حكما له بل هو يعرض ان يصير سببا عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما لو كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وخيار الشرط يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك معدوما لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محلا مملوكا للمشتري فيلغوه هذا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة ان يعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي انما ثبت هنا لضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر المالك بها و غير موجود في حق الاحكام التي يتضرر المالك بها والمشتري من الغاصب اذا اعتق ثم ملك المفضوب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري يثبت بناء على ملك الغاصب وانما لا يكتفي لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ لان ملك المشتري يثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل البيع عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملك بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما صرف كان الملك ناقصا كملك المكاتب **قوله** وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان الاجازة يثبت للبائع وهو المشتري من الغاصب ملك بات (وطرو)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

واما اذا ادى الغاصب الضمان نفذا عتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رح وهو الاصح *

وطرؤ الملك البات على الملك الموقوف يبطله وهذا المعنى فقهي وهو انه لا يتصور اجتماعهما اعني الملك البات والملك الموقوف في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة فان قيل يشكل على هذا الاصل ما اذا باع الغاصب ثم ادى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك البات الذي يثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف قلنا ان ثبوت الملك للغاصب ضروري لان الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان عليه فلم يظهر في حق ابطال ملك المشتري فان قيل الملك البات ليس بمنع للملك الموقوف حتى يثبت للملك للمشتري موقوفا فاولى ان لا يكون رافعا لان المع اسهل من الرفع قلنا المنع او الرفع انما يكون عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما ظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائم بهما فاذا اجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي **قوله** واما اذا ادى الغاصب الضمان نفذا عتاق المشتري منه هذا جواب بطريق المنع لما ذكر محمد رحمه الله بقوله وكذا الا يصح عتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان والمنع هو الاصح وفي المبسوط واما اذا اعتقه المشتري ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب فالاصح انه ينفذ العتق ايضا هكذا ذكره هلال رحمه الله في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى وبعد التسليم هناك يملك المشتري من جهة الغاصب والمستند للغاصب حكم المالك لاحقيقته ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه ولهذا لم ينفذ عتاق الغاصب فكذا عتاق من تلقى الملك من جهة وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد فلهذا نفذ عتقه (قوله)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري لان الملك قد
ثم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعدول ان الملك
من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون
الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش
للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه

قوله فان قطعت يد العبد اي في يد المشتري من الغاصب وفي المبسوط وكل ما يحدث
للجارية عند المشتري من ولد او كسب او ارش جناية وما شابهها فهو للمشتري لان عند
اجازته ينفذ العقد ويثبت الملك للمشتري من وقت البيع فان سبب الملك هو العقد
وان كان تاما في نفسه لكن امتنع ثبوت الملك له لما منع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع
ذلك بالاجازة يثبت الملك له من وقت السبب لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
فتبين ان الزوائد حدثت على ملكه وذكر الامام قاضي خان رحمه الله واذا صححت الاجازة
كان القطع حاصلا في ملك المشتري فيكون الارش له ثم قال وهذا بخلاف ما اذا غصب
من آخر عدا فقطعت يده وادى الغاصب ضمانه حيث لا يكون الارش للغاصب وان ملك
المضمون عند اداء الضمان من وقت الغصب لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت
الملك في المضمون مستند المكان الضرورة على ما عرف والاستناد لا يظهر في المنفصل
اما البيع فسبب موضوع للملك فجاز ان يعمل في المتصل والمنفصل **قوله** بخلاف الاعتاق
اي لا ينفذ اي في يد المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان
في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده يعني ان الخيار يمنع البيع
من كونه سببا للملك في الحال فلا يملك المحل اصلا اذا ملك انما يثبت بالسبب اما صفة
التوقف يجعل العقد كالمضاف اليه ما بعد الاجازة وذلك لا يمنع كون العقد سببا في الحال
قوله ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه اي ان كان القطع قبل (القبض)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

اوفيه شبهة عدم الملك **قال** فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعاق عند همالانه لا يؤثر فيه الغرر *

قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البذل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا بقاء البذل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبذل فتحقق الفوات

القبض لان المبيع اذا لم يكن مقبوض المشتري لا يكون في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن * **قوله** اوفيه شبهة عدم الملك اي اذا كان القطع بعد القبض لان الملك غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه **قوله** لما ذكرنا يعني ان الملك البات اذا طرأ على ملك موقوف ابطله كما لو اشتراه الغاصب او اتهمه يبطل بيعه بخلاف ما لو ادعى الضمان بعد البيع حيث نذير بعد لان براءة الضمان يثبت الملك من وقت الغصب فلا يكون طارئا ولان فيه غرر الانفساخ اذ نفاذ هذا البيع معلق بنفاذ الاول ونفاذ الاول معلق باجازة المالك وهو ربما يجيز العقد الاول وربما لا يجيز فان اجاز نفذ العقد الثاني والا لا ينفذ فتعلق نفاذه بما فيه خطر فيمتنع الجواز بخلاف الاعاق لان لا يؤثر فيه الغرر ولهذا يجوز اعاق المبيع قبل القبض ويعد لا يجوز لان فيه غرر الانفساخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض فتبين انه مال الغير على انه روي عن الشيخين رحمه الله انه يتوقف البيع كما يتوقف العتق فان قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشريه وبيع الفضولي اي هالانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما ويحتمل ان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الفضولي والغاصب موقوف فلما صح بيع الفضولي موقوف لما ذكرنا ان فيه نفع للمالك حيث يكفي مؤنة طلب المشتري الى آخره فارجحنا جانب النفع على جانب غرر الانفساخ فقلنا ينعقد موقفا ومثل هذا النفع لا يوجد في البيع الثاني لانه لم يحك المشتري الاول حتى يطلب مشريا فتجوز البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ (قوله)

(كتاب البيوع ... باب الاستحقاق ... فصل في بيع الفضولي)

بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثبت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه

قال ومن باع عبدا غيره بغير امرة واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يأمره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار والمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري الرد قال رح وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري *

قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح آخر او كان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار وسببها ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب *

قوله بخلاف البيع الصحيح فانه اذا باع عبدا بيعا صحيحا ثم قتل في يد البائع لا ينسخ العقد لثبوت الملك عند القتل فامكن ايجاب البدل له فيعده المبيع قائما لقيام خلفه **قوله** وان اقر البائع بذلك عند القاضي انما قيد بقوله عند القاضي لان اقراره انما يثبت عند القاضي اذا اقر عنده لانه لا يسمع البينة عليه للتناقض في الدعوى **قوله** وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ذكر محمد رحمه الله في الزيادات رجل اشترى جارية بالف درهم وقبضها ثم اقام البينة على اقرار البائع ان الجارية لفلان وفلان يدعيها قبلت بينته ولا فرق بينهما سوى ان البائع هنا اصيل وهناك وكيل وفرقوا ان العبد في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالمة للمشتري واذا كان كذلك يصح دعوى الرجوع بالثمن في مسئلة (1)

(كتاب البيوع باب السلم)

* باب السلم *

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المدائنة فقد قال ابن عباس رضي
اشهد ان الله تعالى احل

الزيادات لوجود شرطه وفي مسئلة الجامع الصغير لا يصح دعوى الرجوع بالثمن لعدم
شرطه وقال بعض مشائخنا انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وموضوع الجامع الصغير
فيما اذا اقام بينه على اقرار البائع قبل البيع واقدامه على الشراء ينفي اقرار البائع
قبل البيع انه للمستحق فصار متناقضا والمتناقض لا يصح دعواه ولا يسمع بينته وموضوع الزيادات
فيما اذا اقام بينه على اقرار البائع بعد البيع انه للمستحق واقدامه على الشراء لا ينفي
اقرار البائع بعد البيع انه للمستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته والله اعلم

* باب السلم *

هو اخذ عاجل بأجل واخص بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه وهو تعجيل
احد البدلين وتأجيل الآخر وقيل السلم والسلف بمعنى ويسمى هذا العقد به لكونه معجلا
على وقته فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم انما يكون عادة
بما ليس بوجوده في ملكه فلكون العقد معجلا على وقته سمي سلما وسلفا وهو مشروع بالكتاب
فقد قال ابن عباس رضي اشهد ان الله تعالى احل السلم المؤجل وانزل فيه اطول آية وتلا قوله تعالى
يا ايها الذين آمنوا اذا تدانتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه والسنة وهو قوله عليه السلام
ورخص في السلم واجماع الامم والقياس يأبى جواز لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبمع
موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يصح بيع المعدوم لاحق ولكننا تركناه لما ذكرنا
ويصح بلفظ البيع بان يقول اشتريت منك كبرصفته كذا بكذا الى كذا على ان توفيه في مكان
كذا وقال زفر رحمه الله لا يصح لانه عقد خاص يثبت بلفظ خاص بخلاف القياس فلا يعدل عنه ولنا
ان كل واحد منهما تمليك مال بمال والبيع اسم جنس فاصيب به كما يصاب زيد باسم جنسه (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

السلف المضمون وانزل فيها طول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا
اذ اتداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وبالسنة وهو ما روي انه عم نهى
من بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان ياباه ولكنا تركناه
بما روينا ووجه القياس انه بيع المعدوم اذا لم يبيع هو والمسلم فيه *

قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثنان
والمسلم فيه لا بد ان يكون مثنى فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد
بيعا بضمن مؤجل تحصيله المقصود المتعافدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني
والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك *

قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها ليرتفع
الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان
العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير
فيه سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت احاده

قوله والسلف المضمون اي السلم الواجب في الذمة وهو صفة مقرونة لاممينة كما في قوله تعالى
يحكم بها النبيون الذين اسلموا ولا طائر يطير بجناحيه وقوله عليه السلام ما ابقته الفرائض
فلا ولي رجل ذكر **قوله** ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بضمن مؤجل هذا الاختلاف
فيما اذا اسلم الحنطة او غير ذلك من العروض في الدراهم او الدنانير قال عيسى بن ابان
رحمه الله يكوّن عقد باطلا وكان ابو بكر الاعمش رحمه الله يقول ينعقد بيعا بضمن مؤجل
اما لو كان كلاهما من الاثنان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او في دنانير فاند لا يجوز بالاجماع
قوله ولا يمكن لان الدراهم والدنانير قط لا يكون مبيعا لانهما خلقتا ثمنا والمسلم فيه مبيع
قوله وكذا في المذروعات نحو الثياب والبسط والحصر والبوارى فان قيل ينبغي ان لا يجوز (ا)

(كتاب البيوع باب السلم)

تفاوتا فاحشا وتفاوتا آحادا في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن أبي حنيفة رح
انه لا يجوز في بيع النعامة لانه يتفاوت آحادا في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا
يجوز كيلا وقال زفر رح لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا
للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وقارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح
فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا

السلم في المذروعات لان السلم يثبت بخلاف القياس لانه بيع المعدوم والنص ورد في الكيلي
والوزني وهو قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم قلنا يلحق
المذروعات بهما بدلالة النص لما ان قوله عليه السلام فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم
انما اقتضى الجواز في المكيل والموزون باعتبار مكان التسوية في التسليم على ما وصف
في المسلم فيه والتسوية كما يتحقق بالكيل كذلك يتحقق بالذرع فيجوز السلم في المذروعات
بطريق الدلالة فان قيل انما يجوز العمل بدلالة النص اذا لم يعارضه عبارة النص وههنا
عبارة قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك ينفي الجاق المذروع قلنا العام من الكتاب
اذا خص لا يبقى الباقي حجة عند الحسن فكيف في السنة وعلى القول المختار وان بقي
حجة لكن مرتبة دون مرتبة القياس وخبر الواحد بدليل جواز التخصيص بالقياس
وخبر الواحد ولا شك ان دلالة النص اقوى من القياس وخبر الواحد حتى وجب اثبات الحدود
والكفارات بالدلالة ولم يثبت شيء من ذلك بالقياس وخبر الواحد وذكر في الايضاح
وانما جوزنا السلم في الثياب استحسانا لانهما مصنوع العبد والعبد يصنع بالآلة واذا اتحد
الصانع والآلة يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك الاقليل تفاوت قد يتحمل قليل التفاوت
في المعاملات ولا يتحمل في الاستهلاكات الا ترى ان الاب لو باع بغين يسير كان متحدا
ولو استهلك شيئا يسيرا وجب عليه الضمان (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح لا يجوز لانها ائمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا يعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل * ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رح يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا ان بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي ءم نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير *

قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدوليها

قوله وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانها ائمان وهذا الخلاف مبني على الخلاف في بيع الفلوس بالفلسين باعيانها ومن المشائخ من قال جواز السلم في الفلوس فول الكل وهذا القائل يفرق لمحمد رح بين السلم والبيع والفرق ان من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مبيعا واقدا مهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد ثمننا اما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثنيا فان بيع الاثمان كبيع الدراهم بالدراهم وبيع الدنانير بالدنانير جائز فلا يتضمن اقدا مهما على البيع ابطالا

لذلك الاصطلاح في حقهما فبقي ثمننا كما كان فلا يجوز بيع الواحد بالاثنتين **قوله** بيان الجنس نحو الابل والسن نحو الجذع ثني والنوع نحو البختي والعربي والصفة نحو السمين والهزيل بان يقول بعير بختي بنت مخاض جيدا وعبد تركي ابن عشرين سنة جيد

قوله حتى العصافير جواب سوال بان يقال السلم في الحيوان انما لا يصح لتفاوت يعتبره

الناس فيه والتفاوت في العصافير غير معتبر بينهم فينبغي ان يصح السلم فيها فاجاب

بان العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان **قوله**

ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها فالتفاوت بين رأس ورأس وكراع وكراع (معتبر)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ولا في الجلود عدد ولا في الحطب حزم ولا في الرطبة جرز لا تفاوت الا اذا صرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزم مذانه شبرا وذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت *
قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولما قوله م لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتسليم فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل لينمكن من التحصيل *

معتبر فيما بين الناس بما كسبون فيه ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه *

قوله ولا في الجلود عدد اي في جلود الابل والبقر والغنم الا اذا بين الطول والعرض والصفة وقال مالك رحمه الله يصح السلم في رؤس الحيوان وجلود عدد القلة والتفاوت
قوله ولا في الحطب حزم او اوقار الان هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغلظه فان صرف ذلك فهو جائز كذا في المبسوط **قوله** ولا في الرطبة جرز ابتداء تقديم الرأء المهمة على الرأء المعجمة وهو القبض من القت ونحوه او الحزمة لانها قطعة من الجزز وهو التقطع ومنها قولهم باع القت جرزا وما سواه تصحيف كذا في المغرب واما الجزز بكسر الجيم والزائين المعجمين جمع الجزرة وهي الصوف المجزوز وهذا ليس بموضعه **قوله** اذا كان على وجه لا يتفاوت اي بالشد نحو العصا اما اذا كان يتفاوت نحو الشوك والسوس فلا يجوز لافضائه الى المنازعة **قوله** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل هذه المسئلة على وجوه اربعة ان كان المسلم فيه موجودا عند العقد منقطعا عن ايدي الناس عند حلول الاجل لا يصح اتفاقا وان كان منقطعا وقت العقد موجودا في ايدي الناس عند المحل او كان موجودا عند العقد وعند المحل منقطعا فيما بينهما لا يصح عندنا خلافا للشافعي رح وان كان موجودا من وقت العقد الى وقت المحل يصح (اتفاقا)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولو انقطع بعد المحل قرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كما باق المبيع قبل القبض * **قال** ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضرنا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع * ولا يجوز السلم فيه عدد المتفاوت * ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضرنا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع بجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا ومن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده * **قال** ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف من اللحم موضعها معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف

اتفاقا وحدا لا نقطاع هو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت كذا في الذخيرة ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى بيد صلاحها الحديث دل على ان القدرة عند المحل غير كافية لجواز العقد اذ لو كان لم يكن لتقييد النبي عليه السلام بقوله حتى بيد صلاحها فائدة وعلى ان الوجود معتبر من حين العقد الى حين المحل * **قوله** ولو انقطع بعد المحل قرب السلم بالخيار وقال زفر رح يبطل العقد ويسترد رأس المال **قوله** للعجز عن تسليمه فصار كما لو هلك المبيع في بيع العين **قوله** والعجز الطارئ على شرف الزوال بان يصبر الى ان يوجد به فارق الهلاك فالمعقود عليه في البيع عين ثم فاته اصلا وفي السلم المعقود عليه دين في الذمة وهو باق لبقاء الذمة **قوله** وقالا اذا وصف من اللحم موضعها معلوما بصفة معلومة جاز وفي الذخيرة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح ان ابي بن الحسن بان قال شاة او بقرة وبين السن بان قال جذع او ثني وبين النوع بان قال خضري او فحل وبين صفة اللحم بان قال سمين او مهزول وبين الموضع بان قال من الجنب مثلا وبين القدر بان قال عشرة امناء فالجهالة تنعدم بهذه الاشياء * (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور
لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمه وهزاله
على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على
الوجه الثاني وهو الاصح والتضمن بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل
من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به وفي وقته اما الوصف فلا يكتفى به *
قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رح يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم

قوله ولهذا يضمن بالمثل اي عند الاتلاف ايضا ح لقوله موزون مضبوط الوصف
وكذا قوله ويصح استقراضه وزنا لان الاستقراض لا يصح الا في المثليات ويجري
فيه ربوا الفضل لعللة الوزن والوزن وضع لتقدير المثليات فكان مضبوطا فيصح
السلم فيه كما في الالية والشحم **قوله** بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع
منه اي من لحم الطيور لان مضوجنس الطير قليل ولا يشتري لحم العضو مادة
قوله او في سمه وهزاله وللسمن والهزال درجات متفاوتة فلا يضبط المالمية بذكرهما
قوله وهو الاصح لجواز ان يكون معلولا بعلمتين فعدم احدهما لا يدل على عدم الجواز
قوله وكذا الاستقراض اي ممنوع ايضا لئن سلم فالمثل اعدل من القيمة لانه يماثل صورة ومعنى
والقيمة لا يماثل صورة والموجب الاصلي رد العين فيهما والمثل اقرب الى العين فكان اعدل
منها ولان القبض محسوس معاين في القرض فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول
والسلم يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا يعرف الموجود عند المحل
قوله ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رح يجوز لاطلاق الحديث ورخص في السلم
فمن اصل الشافعي رح حمل المطلق على المقيد وهنالم يحمل مطلق قوله عليه السلام
ورخص في السلم على المقيد من قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم فقال انما تركت اصلي لاني وجدت الاصول (متعارضة)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولنا قوله ^نم الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المبالغيس فلا بد من الاجل ليقد ر على التحصيل فيه فيسلم

متعارضة حيث وجدت المبيع غير مؤجل والكتابة مؤجلة على اصلي وهذا دأبه كما يقول تركت اصلي في كفارة اليمين لاني وجدت الاصول متعارضة فان صوم المتعة مشروع بصفة التفريق وصوم الظهار مشروع بصفة التتابع فتركت صوم كفارة اليمين مطلقا على حاله ان شاء فرق كما في صوم المتعة وان شاء تابع كما في الظهار ومن اصل علمائنا رح انه لا يحمل المطلق على المقيد اذا امكن العمل بهما فاما اذا لم يمكن كما في النصين في صوم كفارة اليمين عملنا بالتتابع بطريق الزيادة وهنا لما ورد الاطلاق والتقييد في الحكم وهو جواز عقد السلم عند ذكر الاجل وعدم الجواز عند تركه وكان التقييد بشرط الاجل وصفا زائدا على الحكم المطلق ولم يمكن العمل بهما فعملنا بالزيادة لا على طريق حمل المطلق على المقيد احتج الشافعي رح في ذلك بالحديث ورخص في السلم فقد انبت في السلم رخصة مطلقة فاشترط التاجيل فيه زيادة على النص والمعنى فيه انه معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه ترفيها لا شرطا كالبيع والاجارة ولان الظاهر من حال العاقل انه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه فكان الظاهر انه يقدر على تسليمه وذلك يكفي لجواز العقد ولئن لم يكن قادرا على التسليم فيما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التحصيل والتسليم ولهذا اوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم ولا قبل قبض المسلم فيه وبهذا فارق الكتابة الحالة قال فاني لا اجوز الكتابة الحالة فان العبد يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء فلا يكون قادرا على تسليم البدل وبما يدخل في ملكه لا يقدر على التحصيل الابدية فلهذا لا اجوزة الا مؤجلا وحجتنا فيه قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر والمراد بيان ان الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من اراد الصلوة فليتنوضأ لان (يكون)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولو كان قادراً على التسليم ولم يوجد المرخص فبقي على المنافي *
قال ولا يجوز الأجل معلوم لما روينا ولا ان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة
كما في البيع والأجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول
اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره
لانديتاً خريفه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة

يكون المراد انه اذا سلم مؤجلاً ينبغي ان يكون الاجل معلوماً وقال صاحب الاسرار فيه
وظاهرة تحريم السلم على من اراد الابهذه الاوصاف كمن قال لاخر من دخل داري
فليدخل غاض البصرو من كلمني فليكنم بالصواب فتقييد المطلق في حديث الرخصة
بهذا وفيه اشكال لانه لا يقتضي انفصاً عما جاز من السلم في المذكور في الحديث اذا السلم
صح في المذروع والمعدود فكان الحديث ساكتاً عن بيان السلم الحال وما رواه ناطق فصيح
ويمكن ان يقال ان الاصل عدم جواز السلم لكونه بيع ما ليس عند الانسان وما ورد النص بجوازه
الامؤجلاً وما روي حكاية حال لا عموم له وقد اراد به السلم المؤجل اجماعاً فلم يرد غيره لتلايعم *
قوله ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فان قيل الرخصة ثابتة في حق
من قدر على التسليم وفي حق من لم يقدر ولو كانت شرعية دفعا لحاجة المفاليس
لاختصاص بحالة الافلاس قلنا شرعية لدفع حاجة المفاليس والافلاس امر باطن لا يمكن
الوقوف على حقيقته والشرع بنى هذه الرخصة على الحاجة فبنى على السبب
الظاهر الدال على الحاجة ليمكننا تعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل الحاجة ونظيره
اقامة السفر مقام المشقة واقامة النكاح مقام الماء في النسب **قوله** فبقي على المنافي وهو
قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والاجل ادناه شهر وهو الاصح وعليه الفتوى لان من حلف
ليتضمن دينه عاجلاً فنقضه قبل تمام الشهر يبرأ اذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما
فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة ايام كالاجل في شرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل (ما)

(كتاب البيوع باب السلم)

وقدم من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينسط كالقصاص مثلاً فان كان مما ينكس بالكبس كالزبيب والجرا بل لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف رح **قال** ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار م حيث قال ا رأيت لو اذهب الله تعالى التمر من يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لابس به على ما قالوا كالخشمرا ني ببخارا والبساخي بفرغانة **قال** ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رح الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيدة او رديّة ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا و اجل معلوم .

ما قبض في المجلس والمؤجل ما لم يقبض فيه ولا يبقى المجلس بينهما اكثر من نصف يوم عادة **قوله** وقدم من قبل اي في اول كتاب البيوع **قوله** مما ينكس بالكبس اي يمتلي جدا اذا بولغ في ملأه **قوله** واليه اشار النبي عليه السلام حيث قال ا رأيت اي اخبرني لو اذهب الله التمر بم يستحل احدكم مال اخيه يعني به رأس المال قاله حين سئل عن السلم في تمر حائط **قوله** ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لابس به على ما قالوا اي لبيان ان صفة الحنطة المسلم فيها مثل صفة حنطة تلك القرية وفي المبسوط واذا اسلم في حنطة من حنطة هراة خاصة وهي تنقطع عن ايدي الناس فلا خصومة فيه كما لو اسلم في طعام قراح بعينه قيل لم يرد بهذا هراة خراسان وانما مرادة قرية من القرى تسمى هراة وطعام تلك القرية يتوهم ان تصيبها آفة لها اما هراة خراسان فلا يتوهم انقطاع طعامها فهو السلم في طعام العراق والشام سواء وان اسلم في ثوب هروي فلا بأس به ومن اصحابنا من يقول بان الثوب الهروي لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالجرا د قد يستأصل طعام هراة ولا يستأصل حوكة هراة وهذا ضعيف فالوباء قد يستأصل حوكة هراة ولكن المعنى الصحيح في الفرق ان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لالتعيين المكان فان الثوب الهروي (ما)

(كتاب البيوع باب السلم)

والأصل فيه ما روينا والفقهاء فيه ما بينا ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنه وقال لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان لهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة

ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا بمنزلة الزندنجي والوذاري والى هذا اشار في الكتاب فقال الثوب الهروي من الثياب بمنزلة الحنطة من الحبوب يعني بهذا بيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة الهراة ماتبت بارض هراة حتى ان التابت في موضع آخر لا تنسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعينا للمكان وذلك بنوهم انقطاعه قال مشائخنا ان نسب الى موضع يعلم ان مرادة بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد ايضا كالخشمراني ببخارا فانه يذكر ذلك لبيان جودة الحنطة ولا يختص به ما ينبت بتلك القرية فكانه قال في حنطة جيدة السقي ما يسقي سحبا فعيل بمعنى مفعول والخشي بخلافه منسوب الى الخس وهي الارض التي يسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء *

قوله والأصل فيه ما روينا هو قوله عليه السلام من اسلم منكم الى آخره والفقهاء ما بينا هو قوله ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة **قوله** ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره احتريزه مما اذا كان رأس المال ثوبالان الذرع وصف لا يتعلق العقد على مقداره واعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فجهاالة قدر الذرعان بمقابلة المقدرات فيؤدي الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد * (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب وله أنه ربما يوجد بعضها زيفاً ولا يستبدل في المجلس
فلولم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس
المال والموهوم في هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المان في بخلاف ما إذا كان رأس المال
توبالان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه إذا سلم في جنسين
ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما

قوله فأشبه الثمن بأن يقول اشتريت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها والأجرة بأن يقول
استأجرت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها **قوله** وصار كالثوب بأن يقول أسلمت هذا الثوب
ولم يبين قدر الذرع **قوله** فلولم يعلم قدره لا يدري في كم بقي فإن قيل في هذا اعتبار لشبهة
الشبهة أو أكثر ذلك لأن وجود بعض رأس المال زيفاً فيه شبهة واحتمال لأنه يحتمل
أن لا يجد زيفاً وهو الظاهر وبعد الوجود الرد محتمل وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس
الرد محتمل والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها قلنا هذه شبهة واحدة لأن كلا منها مبني
على وجود زيفاً فكانت شبهة واحدة فيعتبر والموهوم في هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المان في
هو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وأنه يبيع المعدوم ألا ترى أنه عليه السلام كيف اعتبر
الهلاك الموهوم في تمر حائط بعينه وكيف اعتبر توهم الهلاك في مكيال رجل بعينه **قوله** ومن
فروعه إذا سلم في جنسين أي من فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال إذا سلم
في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما بأن أسلم مائة درهم في كبروكر شعير ولم يبين
رأس مال كل واحد منهما لا يصح عندها بخصيصة رح لأن أعلام قدر رأس المال شرط فيقسم
المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف بالخزروا الظن فلا يكون قدر رأس مال كل واحد
منهما معلوماً حتى لو كانا من جنس واحد يصح لأن رأس المال ينقسم عليهما على السواء
أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما بأن أسلم دراهم ودنانير في كبروكر وقد علم وزن أحدهما
ولم يعلم وزن الآخر لا يصح عنده لأن أعلام قدر رأس المال شرط عنده فإذا لم يعلم (أحدهما)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه

احد هما بطل العقد في حصته فيبطل في حصة الآخر لجهالة حصة الآخر ولا اتحاد الصفقة **قوله** ولهما في الثانية اي في المسئلة الثانية وهي بيان مكان الايفاء لا يحتاج اليه عندهما ولكن اذا شرطه صح وان لم بشرطه يتعين مكان العقد للتسليم لوجود العقد فيه اولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه اي في كونه مكان العقد فان قيل لو تعين مكان العقد لفسد بيان مكان آخر كما في بيع العين فانه لو اشترى كرهضة وشرط على البائع الحمل الى منزله فان البيع يفسد سواء اشتراه في المصر او خارج المصر اشتراه بجنسه او بخلاف جنسه والمسئلة في الذخيرة فلما عين مكانا آخر بالنص صار اولى من مكان العقد الذي كنا نعينه بدلالة السبب الموجب للتسليم من غير نص غير ان هذا الشرط يفسد بيع العين لان المشتري يملك العين بالشراء فاذا شرط عليه حملا زائد افتد اشترط عليه حملا في ملكه مع ما اشترى العين منه ثم سمي الثمن بازاء ذلك كله فصار ما يقابل الحمل اجارة فيصير صفقة في صفقة فيفسد بالشرط الفاسد ورب السلم لا يملكه عينا قبل القبض فيكون النقل الى مكان آخر عملا من البائع في مال نفسه فلا يصير مواجرا لغيره فلا يصير هذا الشرط صفقة في صفقة فلا يصير فاسدا وفي القوائد الظهيرية فان قيل لم قلتم بان في البيع يتعين مكان البيع مكانا للتسليم والدليل على ان لا يتعين ما روي عن محمد ربح في رجل باع طعاما والطعام في السواد فان كان المشتري يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان كان لا يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لما كان له الخيار فلما كان البيع يتعين مكانا للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمة المسلم اليه وانه حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفي بيع العين اذا كان المبيع حاضرا في مكان البيع يستحق تسليمه فيه وان كان غائبا يستحق تسليمه في المكان الذي استحق تسليم الثمن وفي السلم يستحق تسليم رأس المال في مكان العقد فليستحق تسليم ما يقابله في ذلك المكان ايضا تسوية بينهما بقدر الوسع والامكان (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر فصار كالقرض والغصب ولا يحنيفه ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشائخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكس لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا التحالف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسم دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رة وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة **قال** وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لان ذلك يختلف قيمته ويؤ فيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه روايه الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات ان يؤ فيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عيننا مكانا قيل لا يتعين لانه لا ينفد وقيل يتعين لانه ينفد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا *

قوله فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر يعني مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزاحم نظير اول وقت الصلوة لنفس الوجوب من حيث انه كمال يزاحم لهذا المكان مكان آخر لم يزاحم لهذا الزمان زمان آخر لعدم صلاحية ما مضى للوجوب وعدم ماسياتي من الزمان ويحتمل ان يراد مكان العقد يصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر المطلقة على قول الكرخي رح **قوله** فصار كالقرض والغصب فان التسليم فيهما يجب في مكان تحقق القرض والغصب **قوله** لا يحنيفه رح ان التسليم غير واجب في الحال اي في السلم وانما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لا يدري انه في اي مكان يكون ثم قال ارأيت لو عقدت السلم في السفينة في لجنة البحر كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل وهذا مما لا يقوله عاقل **قوله** وصار كجهالة الوصف يعني باختلاف الصفة يختلف القيم فكذلك باختلاف الامكنة يختلف القيم فصار كجهالة مكان التسليم كجهالة الصفة **قوله** وعن هذا اي وعن اختلاف القيم باختلاف المكان كما في الصفة (١)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عم عن الكالعي بالكالعي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بأجل اذا لاسلام والاسلاف يثبتان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولا نداء بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقد ر على التسلم

اي الاختلاف في صفة الثمن والمثمن يوجب التحالف وفي كتاب الدعوى الاختلاف في وصف الثمن وجنسه بمنزلة الاختلاف في القدر في حق جريان التحالف وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده وعندهما يوجب لان تعيين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف بالاجماع فيجب ان يكون ههنا كذلك وعند ابي حنيفة رحمه الله تعين المكان لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف فكذا ههنا وعلى هذا الخلاف الثمن الموجل بان باع عبد ابرموصوف في الذمة الى اجل يشترط بيان مكان الايفاء للبر عنده في الصحيح وعندهما يتعين مكان العقد والاجرة بان استاجرد ارا اود ابته بماله حمل ومؤنة دين في الذمة عنده يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين موضع الدار للايفاء وموضع تسليم الدابة لا موضع العقد والقسمة بان اقتسما ارا او شرط احد هما على صاحبه شيئا ماله حمل ومؤنة لزيادة غرس او بناء في نصيبه فعنده يشترط بيان مكان الايفاء لصحة القسمة في الصحيح وعندهما يتعين مكان التسمية للايفاء وماله يمكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع وقيل ماله حمل ومؤنة هو ما يكون بحال لو امر انسا نا يحمله الى مجلس القضاء لا يحمله مجانا وقيل هو ما لا يمكن رفعه بيد واحدة وقيل ما يحتاج في نقله الى المؤنة كالحنطة والشعير وما لا يحتاج فيه اليها فهو مالا مؤنة له كالمسك والكافور *
قوله وان كان عينا كالثوب والحيوان فلان السلم اخذ عاجل بأجل فيشترط كون احد البديلين فيه معجلا كما يشترط ان يكون الاجر مؤجلا ليكون حكمه ثابتا على ما يقتضيه الاسم (لغة)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما ولا احد هما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لفرقة وقد مر نظيره وجملة الشروط وجمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايلاء والقدرة على تحصيله * فان اسلم مائتي درهم في كرحضة

لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود يثبت احكامها بمقتضيات اساسياتها لغة فكان ينبغي ان يشترط اقتران القبض بالعقد فانه اتم ما يكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تيسيرا كما في عقد الصرف وقال مالك رحمه الله يجوز عقد السلم وان لم يقبض رأس المال يوما او يومين بعد ان لا يكون مؤجلا لانه يعد عاجلا عرفا * **قوله** ولهذا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط ايضا حاشا لاشتراط القبض المستفاد من قوله ولانه لا بد من تسليم رأس المال لان الخيار يمنع تمام القبض لانه انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام العقد والافتراق قبل تمامه مبطل للعقد وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا وجد مستحقا لم يمنع الاستحقاق تمام القبض حتى لو افتراقا بعد القبض ثم اجاز المالك صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لأن امتناع الملك ليس بقضية السبب فان السبب وجد مطلقا لا مانع فيه وانما امتنع الملك لتعلق حق ثالث فاذا اجاز المالك التحقت الاجازة بحالة العقد وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه لا يفيد اذا فاءته الرد والمسلم فيه دين في الذمة فاذا ارد المقبوض عاد دينه كما كان بخلاف الاستصناع لانه مبيع عين فبرودة ينفسخ العقد فكان مفيد اولان اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف على الاستقصاء في المسلم فيه مقام الرؤية **قوله** وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل **قوله** اعلام رأس المال اي قدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود واعلام المسلم فيه قدرا (و)

(كتاب البيوع باب السلم)

مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فاسلم في حصة الدين باطل لغوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا النقدراس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تباعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينقذ صحيحا

وجنسا وصفة والقدرة على تحصيله بان كان موجودا من حين العقد الى حين المحل * **قوله** مائة منها دين على المسلم اليه انما قيد بقوله على المسلم اليه لانه لو قال اسلمت اليك هذه المائة والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقدا مائتان اشترط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وهذا فساد مقارن للعقد فوجب فساد الكل **قوله** ولا يشيع الفساد وهذا لا يشكل على قولهما لان الفساد اذا تممكن في بعض المبيع لا يشيع في الكل عندهما ما عندابي حنيفة رحمه الله فمشكل لانه اذا ورد العقد على شيئين وفسد في احد هما يفسد في الآخر ايضا عنده لانه يصير قبول الفاسد شرطا لصحة العقد فيفسد في الكل ضرورة الا ان هذا في الفساد المقارن الذي تممكن في صلب العقد لا في الفساد الطارئ وهذا فساد طارئ لان قبض رأس المال في المجلس شرط لبقاء العقد على الصحة اما العقد في ذاته فقد وقع صحيحا فلهذا المعنى افتراقا وقيل هذا اذا اسلم مائتين مطلقا ثم تقاصا المائة بما عليه فاما اذا قال اسلمت المائة الدين وهذه المائة النقد بطل العقد فيهما عندي حنيفة رحمه لان حصة الدين يبطل العقد فيها وقد جعل حصته شرطا في الباقي فيبطل الجميع والصحيح ان الجواب فيهما واحد لان العقد لا يتقيد بالدين وان قيد به واذا لم يتقيد كانت الاضافة الى الدين والاطلاق سواء فان قيل ما ذكرتم منتقض بمسائل ثلث احد بها ان الرجل اذا قال ان بعث هذا العبد بهذا الكر وبهذه الدراهم فهما في المساكين صدقة فباعه بهما يحنث ويلزمه التصديق بالكر والدراهم وهذا آية تعين النقود في العقود والثانية ان الرجل اذا باع دينارا بعشرة فنقد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوبا فالبيع فاسد الثالثة اذا باع عينا بدين وهما يعلمان ان لا دين (فالبيع)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض أما الأول فلم فيه من تقويت القبض المستحق بالعقد وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في السلم فيه لأنه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عم لا تأخذوا الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولأنه اخذ شبهها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لأنه دين مثله

فالباع فاسد ولو كان الاطلاق والتقيد سواء لجاز العقد ان ولما حثت في المسئلة الاولى قلنا أما الاولى فنحن ندعي ان النقود لا تتعين في العقود استحقا قالا جواز فلا يلزم لانها تتعين جواز فلذلك حث ولزمه التصديق بها وأما الثالثة فلان البيع انما لم يجز لمكان التهازل بالبيع لان هذا بيع بلا ثمن فيكون من مهماتها زلا به وهي تتعين في حق الجواز وهكذا نقول في المسئلة الثانية لانتقاص الصرف باختلاف المجلس بالاشتغال بالعقد الآخر فيتحقق البيع بلا ثمن فيمتنع الجواز باعتبار التهازل *

قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال الى قوله ولا يجوز الشركة والتولية وصورة الشركة ان يقول رب السلم لا آخرا عطني نصف رأس المال حتى تكون شريكا في المسلم فيه وصورة التولية ان يقول رب السلم لا آخرا عطني مثل ما اعطيت للمسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك وأنه بيع بعض المبيع قبل القبض او بيع كله فان قيل فاي فائدة في تخصيص الشركة والتولية بعد ما ذكرنا لا عم منهما وهو قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض قلنا ان احد الا يشتري المسلم فيه مرا بحة لكونه ديناً ولا وصيعة لكونها ضرراً ظاهراً وانما يشتريه بمثل ما اشتراه رب السلم رغبة في كله وهو التولية او في بعضه وهو الشركة ولذلك خصهما بالذكر لتصور التصرف فيهما من هذا الوجه **قوله** لا تأخذ الا سلمك اي المسلم فيه حال بقاء العقد ورأس مالك اي عند الفسخ **قوله** وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق الثالث وهو حق الشرع وهو حرمة الاستبدال هنا وهذا التعليل (ليان)

(كتاب البيوع باب السلم)

الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف
زفر ربح والحجة عليه ما ذكرناه *

قال ومن اسلم في كرحنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا او مررب السلم
بقبضه قضاء لم يكن قضاء عليه وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز

ليان ان رأس المال اخذ شبهها بالمبيع وهوان الاقالة في حق غير المتعاقدين كعقد مبتدأ
وحرمة الاستبدال غيرهما وجانب المسلم فيه لا يحتمل العقد المبتدأ اذ لا يمكن جعل
المسلم فيه مبيعا لانه دين يسقط والسلم يثبت الدين وجانب رأس المال يحتمله فجعل رأس المال
مبيعا لانه دين يثبت مثله فاعتبر في حقه حكم ابتداء السلم فحرم الاستبدال برأس المال ضرورة *

قوله الا انه لا يجب قبضه في المجلس اي الا ان رأس المال لا يجب قبضه بعد الاقالة في مجلس
الاقالة هذا الاستثناء لجواب شبهة وهي انه لما ذكر ان الاقالة بمنزلة بيع جديد كانت اقالة
بيع السلم بمنزلة بيع السلم وفي بيع السلم كان قبض رأس المال في مجلس البيع شرطا فيجب
ان يكون قبض رأس المال بعد الاقالة في مجلس الاقالة شرطا فاجاب عنه بهذا وقال لا يشترط
قبض رأس المال في مجلس الاقالة وان كان يشترط قبضه في عقد السلم لان ذلك بيع
من كل وجه في حق الكل وهذا فسخ في حق المتعاقدين وليس من ضرورة اشتراط القبض
في البيع من كل وجه اشتراط القبض في البيع من وجوه ذلك لان اشتراط القبض
في الابتداء كان للاحتراز من بيع الكالئ بالكالئ والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه بيع
الكالئ بالكالئ فلا يشترط القبض **قوله** وفيه خلاف زفر رحمه الله فانه قال يجوز التصرف
في رأس مال السلم بعد الاقالة قبل القبض لانهم لما تناقوا بالسلم وجبت الدراهم ديننا في الذمة
فلا يكون استبدال رأس المال كما في عقد الصرف بعد الاقالة ولان حرمة الاستبدال لوجوب
القبض في المجلس ولا يجب قبض رأس المال في مجلس الاقالة قلنا القياس جواز التصرف
في قبض القبض الا ان القياس تركناه في السلم لما روينا ولما ذكرنا من المعقول (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مرّ والسلم وان كان سابقا لכן قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكرجاز لان القرض اعاره فلهذا ينقضي الاعاره فكان المراد عين الماخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان **قال** ومن اسلم في كرفا مررب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضا لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه درهم دين فدفع اليه كيسا لينزها المديون فيه لم يصرف قبضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قبضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن

قوله لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل صفقة جرت بين المسلم اليه وبائعته و صفقة جرت بين المسلم اليه ورب السلم **قوله** وهذا هو محمل الحديث على ما مرّ وهو ما ذكر في الفصل المتصل بباب المراءجة والتولية بقوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين **قوله** والسلم وان كان سابقا لכן قبض المسلم فيه لاحق جواب سؤال وهو ان يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي فاجاب ان السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق وللقبض في باب السلم حكم عقد جديد فكانهما جديداً ذلك العقد على المقبوض فيتحقق البيع بعد الشراء وهذا لان العقد تناول ديناً في ذمته والمقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وان جعل المقبوض عين ما تناوله العقد في حكم عقد خاص وهو حرمة الاستبدال اذ لو جعل غيره لكان استبدالاً بالمسلم فيه وهو حرام وما فيما وراءه فهو غيره حقيقة فصار بائعاً ما اشترى مكايلة قبل الكيل فيبطل بخلاف القرض لانه اعاره حتى ينقضي بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديراً والا يلزم تملك الشيء بجنسه نسيئة (فلم)

(كتاب البيوع باب السلم)

كان الطحن في السلم للمسلم اليه وفي الشري للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشري من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشري في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشري ان يكيه في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو امره ان يكيه ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا

فلم يتحقق الصفتان بشرط الكيل فيجب كيل واحد للمشتري بحق الوكالة والدليل على ان للقبض في باب السلم حكم عقد جديد ما قال في الزيادات لو اسلم الى اجل مائة درهم في كرحنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كرحنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بائنا مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون كذا اذا جعل عند القبض كانهما جدد العقد عليه *

قوله كان الطحن في السلم للمسلم اليه ولا يكون لرب السلم ان يأخذ لانه حينئذ يصير مستبدلا **قوله** ويتقرر الثمن عليه لما قلنا اي ان الامر قد صح حيث صادف ملكه فان قيل في فصل الشراء ينبغي ان لا يصح الامر ايضا في حق ثبوت القبض لان البائع لا يصلح وكيل عن المشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض نصالح يصح قلنا امره بالطحن لا بالقبض وانما يثبت القبض حكما وجاز ان يثبت الشيء حكما وان كان لا يثبت قصدا **قوله** ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشري في الصحيح احتراز عما قيل بانه لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان ضاع البائع وصاع المشتري **قوله** لانه نائب عندي لان البائع نائب عن المشتري في الكيل **قوله** والقبض بالوقوع في غرائر المشتري اي القبض يتحقق ويثبت بالوقوع في غرائر المشتري كان هذا جواب اشكال بان يقال ان البائع مسلم فكيف يكون متسلما وقابضا (لان)

(كتاب البيوع باب السلم)

ولوا جتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلا اتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصير قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

لان البائع صار وكيلا في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها يصير في يد المشتري حتى لو كانت الغرائر للبائع روي عن محمد رح انه لا يصير قابضا * **قوله** ولوا جتمع العين والدين بان اشترى كرا حنطة واسلم ايضا في كرا حنطة فالمسلم فيه دين والمشتري عين **قوله** وبمثله يصير قابضا لان القبض تارة بيده او بتخليته منه ومرة باتصاله بملكه فان قيل اليس ان الصباغ اذا صبغ الثوب لا يصير المستاجر وهو رب الثوب قابضا باعتبار هذا الاتصال فلم يصير قابضا هنا باعتبار ان قلنا المعقود عليه ثمة الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصبغ والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصير به قابضا **قوله** وهذا الخلط غير مرضي جواب سوال ذكر في الفوائد الظهيرية فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فينبغي ان لا ينتقض البيع قلنا ان الخلط على هذا الوجه لم قلت بانه حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الامر قابضا حصل باذنه وهو اذا بدأ بالعين وقال الامام قاضيخان رحمه الله وفي قول ابي يوسف رحمه الله اذا كال الدين اولا ثم كال العين بعدة صار قابضا للدين ضرورة اتصاله بملكه حكما لو كال العين اولا ثم كال الدين وعند محمد رحمه الله ان كال العين اولا يصير قابضا لهما وان كال الدين اولا يصير قابضا للعين دون الدين (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ومن اسلم جارية في كرحظة وقبضها المسلم اليه ثم تنايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تنايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان ينتهي انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه

قوله ومن اسلم جارية في كرحظة الاصل في جنس هذه المسائل ان في بيع المتابضة وهو بيع ما يتعين بدايتعين هلاك احدهما لا يمنع ابتداء الاقالة ولا بقاءها وهلاكهما يمنع الاقالة ابتداءً وبقاءً والمعنى في ذلك ان الاقالة صحيحة بقيام العقد لانها فسخ العقد وفسخ العقد بدون العقد لا يكون وفي المتابضة العقد قائم بقيام احدا العوضين لان قيام العقد عند قيامهما لان احدهما لا يتعين لاضافة القيام اليه واذا كان قيام العقد بقاءهما لا يبطل العقد بهلاك احدهما لمعرف ان الثابت بالشئيين لا يزول بزوال احدهما فيكون قائما بقيام احدهما فيصح الاقالة وفي بيع ما يتعين بما لا يتعين قيام العقد بما يتعين لان ما يتعين لضرب مزينة على ما لا يتعين لان ما يتعين مال حقيقة وحكما وما لا يتعين مال حكما لا حقيقة لانه دين ولهذا الوال مالي في المساكين صدقة ولد ديون على ملي او منلس لا يدخل واذا كان ما يتعين مخصوصا بضرب مزينة على ما لا يتعين لا بد من ابانة هذه المزينة ولا يمكن ابانة حاله الا انعقاد الافتقار الاعتاد اليهما فيجب ابانة حاله البقاء فبقينا العقد ببقائه فصحت الاقالة باعتبار بقاءه ابتداءً وبقاءً وفي بيع ما لا يتعين بما لا يتعين وهو الصرف يصح الاقالة وان هلك او هلك احدهما لان انعقاد العقد لا يتعلق بهما ابتداءً فكذا في الانفساخ بقاء لان قيام العقد بما يجب في الذمة لا بما في اليد ولا يقال بان وجوبهما في الذمة قد بطل بالقضاء لان الديون تقضى بامثالها فكان كل واحد من البدلين قائما في الذمة بعد القضاء ولهذا صح الخط والابراء بعد القضاء **قوله** فماتت في يد المشتري اي المسلم اليه وانما سماه مشتر بانظر الى اشتراؤه الجارية بالحنطة التي هي دين فكانت الجارية هي المبيعة من كل وجه (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية
بالف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة
لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء
فلا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد
هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه **قال** ومن اسلم الى رجل دراهم في كرخطة
فقال المسلم اليه شرطت رد يا وقال رب السلم لهم تشتري شيئا فالقول قول المسلم اليه
لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة

قوله انفسخ في الجارية تبعا يعني لا يفسخ العقد في المسلم فيه وان لم يصح الفسخ في الجارية
بعد هلاكها تصد الما عرف ان ما ثبت ضمنا وتبع الشيء لا يعطى له حكم نفسه فيجب رد قيمتها
والقول في القيمة قول المطلوب والبينة بينة الطالب وهو رب السلم فان قيل ينبغي ان لا يصح
الاقالة بعد هلاك الجارية لان الجارية بعد الهلاك صارت بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب
قيمتها دينا في الذمة والمسلم فيه ايضا قد سقط بالاقالة فصارت بمنزلة هلاك العوضين في المقايضة
وذلك يمنع الاقالة هناك فكذا هنها وذلك انه اذا هلك احد العوضين في المقايضة
ثم تقايلا ثم هلك الآخر بطل الاقالة قلنا في المقايضة الرد واجب بعد الاقالة وذلك المبيع
قبل القبض يوجب فسخ العقد وفي السلم قامت قيمة الجارية مقام الجارية فلم يكن رد عين
الجارية تواجبا فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية فصارت بمنزلة بقاء احد العوضين في بيع المقايضة
فهناك يصح الاقالة فيه فكذا هنا **قوله** لان رب السلم متعنت المراد من المتعنت شرعا من ينكر
ما ينفعه والمخاصم من ينكر ما يضره **قوله** لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة فان قيل لان السلم
بل رأس المال خير وان قل لكونه نقدا والمسلم فيه وان جل فهو نسيئة قلنا نعم كذلك الا انه متروك
هنا بالعرف والعادة فان الناس مع وفور عقولهم يقدمون على عقد السلم وما ذلك الا لفائدة زائدة
رأوها فيه وكان فيه الغاء مزية النقدية بمقابلة زيادة فائدة رأوها في المسلم فيه مع كونه نسيئة (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رح لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكروا ان انكر الصحة وسنقره من بعد ان شاء الله تعالى * ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقات الربح وان انكر الصحة وعند أبي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهر بخلاف مسئلة المضاربة

قوله وفي عكسه يعني يدعي رب السلم بيان الوصف والمسلم اليه ينكر **قوله** وسنقره من بعد وهو قوله بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه الى آخره **قوله** والفساد لعدم الاجل غير متيقن هذا جواب اشكال وهو ان يقال ان المسلم اليه غير متعنت في انكاره الاجل لانه يرد رأس المال ويبقى لنفسه المسلم فيه وهو انفع له لان الفساد غير متيقن به لان الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال فلا يعتبر هذا النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف لان فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن به فلا يكون المسلم اليه متعنتا في انكار الوصف بسلامة اكثر المالكين له بهذا الانكار **قوله** كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة ذكر العلامة صاحب النهاية فيها هذا هو الصواب من نسخة وقع في بعض النسخ شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وهذا ليس بصحيح لانه على ذلك التقدير كان القول قول المضارب وفي صورة لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال والمقيس عليه في هذه المسئلة في شروح المبسوط وشروح الجامع الصغير للامام قاضي خان (و)

(كتاب البيوع باب السلم)

لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم
فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة
ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة

والتمرتا شي والفوائد الظهيرية واليتيمة وغيرها بلغظ الاستثناء لما ذكرنا ان في صورة لفظ الاستثناء
كان القول قول رب المال وفي قوله وزيادة عشرة كان القول للمضارب بالاجماع كذا ذكر
في النهاية وذكر فيها وجه الفرق بين العبارتين *

قوله لانه ليس بلازم اي لان عقد المضاربة ليس بعقد لازم لان كل واحد من رب المال
والمضارب يتمكن من فسخه بعد عقد المضاربة واذا كان غير لازم يرتفع العقد باختلاف المتعاقدين
واذا ارتفع العقد بالانكار بقي دعوى المضارب في مال رب المال والقول للمنكر وهو رب المال
واما السلم فعقد لازم فبالاختلاف لا يرتفع العقد وانما يرتفع العقد عند رفع المتعاقدين معا
فكان القول قول من يدعي الصحة وذكر الامام قاضي خان رحمه الله ولا يبحيفه رحمه الله انهما
اتفقا على عقد واحد واختلفا في الصحة والفساد فيكون القول قول من يدعي الصحة كالمبتاعين
اذا اختلفا فاحدهما يدعي النكاح بغير شهود والاخر بشهود كان القول قول من يدعي بشهود
بخلاف مسألة المضاربة لان ثمة ما اتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صححت تكون شركة واذا
فسدت كانت اجارة للعامل وان كان الظاهر من حاله انه لا يباشر الفاسد لا يكون الظاهر من حاله
انه لا يباشر العقد الآخر ولا يلزم على ما قلنا اذا اختلف في النكاح فقال الزوج تزوجتك حين
كنت صغيرا وقالت المرأة تزوجتني بعد البلوغ فان القول قول الزوج وان كان فيه فساد
العقد لان ثمة ما اقر بالعقد بل انكر العقد حيث اسندته الى حال عدم الاهلية وفي بعض النسخ لانه
ليس بلازم من واو العطف وهو الظاهر لانه فرق آخريين عقد السلم وعقد المضاربة بالزوم وعدمه
والاول فرق آخر باتحاد العقد وتعدد دل عليه قوله وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة
ظاهر بخلاف المضاربة اي لم يتفقا فيها على عقد واحد لان الفاسد منه يكون اجارة (قوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولاً وعرضاً ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرناه وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضاً لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان آحادها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والاجر اذا سمى صلبنا معلوماً لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبس **قال** وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يقضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تقضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قممعة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول **قال** وان استصنع شيئاً من ذلك بغير اجل جاز استحساناً للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم

قوله اذا بين طولاً وعرضاً يعني بعد ذكر الجنس والنوع والصفة ورقعة معلومة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه وثخائه **قوله** وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضاً وذكر في المبسوط واذا اسلم في الحرير ينبغي ان يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغي ان يشترط الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل يقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم يقيناً انه لم يرد به قطع الحرير وما في الثياب فلا يشترط الوزن وذكر شمس الائمة رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة وفي المنتقى اذا باع ثوب خز بثوب خز يدايد لا يجوز الا وزناً **قوله** فان استصنع شيئاً من ذلك بغير اجل جاز استحساناً بالاجماع الثابت بالتعامل الجواز ثابت بالاجماع وانما الاختلاف في انه بيع او عدة او اجارة فان قيل يشكل على هذا الاستدلال على الجواز بتعامل الناس مسئلة المزارة على قول ابي حنيفة رحمه الله فان المزارة والمعاملة فاسدتان صندة وان كان للناس فيهما تعامل قلنا لا كذلك فان (١)

(كتاب البيوع باب السلم)

والصحيح انه يجوز بيعا لعدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذة جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز

الخلاف فيهما كان ثابتا في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع المعدوم وجه الاستحسان ان النبي عليه السلام استصنع خاتما ومبرا ولان المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا من غير تكبر فنزل منزلة الاجماع وهو كدخول الحمام باجر فانه جائز استحسانا للتعامل بالناس والقياس يايى جواز لان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول وكذا الوقال لسقاء اعطني شربة ماء بفلس او احتجم باجر فانه يجوز لتعامل الناس وان لم يعرف قد وما يشرب ولم يكن قد وما يحتجم من ظهرة معلوما والاصل فيه قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد رأوا الاستصناع حسنا فكان حسنا *

قوله والصحيح انه يجوز بيعا لعدة وكان الحاكم الشهيد رحمه الله يقول الاستصناع موعدة وانما ينقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا عنه ولهذا اثبت الخيار لكل واحد منهما والصحيح عند الجمهور انه بيع لان محمد ارحمه الله ساءه شراء فقال كان المستصنع اذا رآه بالخيار لانه اشترى ما لم يره وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه والمواعيد تجوز قياسا واستحسانا في الكل والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما كتسمية الناسي عند الذبح جعلت موجودة حكما لعذر النسيان وكطهارة المستحاضة كما ان الموجود حقيقة يجعل معدوما لعذر كالماء المعد لدفع العطش يجعل معدوما حكما حتى جاز التيمم لوجوده حقيقة، فكذلك ههنا المستصنع معدوم يجعل موجودا حكما للتعامل وقد تحققت الحاجة هنا لكل احد لا يجد خفا يوافق رجله او خاتما يوافق اصبعه وبيع المعدوم قد يجوز للحاجة اصله بيع المنافع **قوله والمعقود عليه العين** دون العمل قال ابو سعيد البردعي رحمه الله المعقود عليه العمل (لان)

(كتاب البيوع باب السلم)

وهذا كله هو الصحيح **قال** وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره
ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة رح
ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه

لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به يدل على انه معقود عليه والاديم
آلة العمل وانما ينقد بيعا عند التسليم والصحيح ان المعقود عليه هو العين المستصنع فيه ولهذا
لوجاء به مفروغا عنه لامن صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جازا فان قيل لو كان بيعا لما بطل
بموت الصانع او المستصنع وذكر الامام قاضي خان رح ان الاستصناع يبطل بموت احدهما
والسلم لا يبطل بموتهما وبموت احدهما قلنا للاستصناع شبه بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع
وهو العمل وشبه بالبيع من حيث ان المعقود عين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما
ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرنا القياس والاستحسان واثبتنا فيه خيار الرؤية ولم يوجب تعجيل
التمن في مجلس العقد كما في بيع العين وفي الذخيرة وينقد الاستصناع اجارة ابتداء وبيعا انتهاء
متى اسلم ولكن قبيل التسليم ولهذا يبطل بموت الصانع ولا يستوفى المصنوع من تركته ولو انعقد
بيعا ابتداء وانتهاء لكان لا يبطل بموته كما في بيع العين والسلم ويثبت له خيار الرؤية ولو كان ينقد
عند التسليم لاقبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لانه يكون مشتريا مارة والمعنى في ذلك ان المستصنع
طلب منه العمل والعين جميعا ولا بد من اعتبارهما واعتبارهما جميعا في حالة واحدة متعذر
لان بين البيع والاجارة تنافيا فجوزناه اجارة ابتداء لان عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الاجارة
ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعا توفيراً على الامرين حظهما كما في الهبة بشرط
العوض فان قيل لو كان ينقد اجارة لكان الصانع يجبر على العمل قلنا قد قيل ان لا خيار للصانع
ولانه انما لم يجبر على العمل وان كان ينقد اجارة لانه لا يمكنه العمل الا بتلاف عين الا ترى
ان المزارع له ان يمتع من العمل اذا كان البذر من بجهته ورب الارض كذلك *
قوله وهذا كله هو الصحيح راجع الى قوله انه يجوز بيع الاعدة والمعقود عليه العين دون العمل (وقوله)

(كتاب البيوع باب السلم)

الأبضر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف رح انه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا
وأما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه ربما لا يشتريه غيره
بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز
اذا امكن اعلامه بالوصف ليتمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل
فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة رح خلا فاهما ولو ضرب فيما لا تعامل فيه
يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع

وقوله ولا يتعين الا بالا اختيار لما ان في كل واحد منها قول آخر *

قوله الأبضر وهو قطع الصرم فان قيل قطع الصرم لا يعتبر ضررا في حقه لانه رضي به قلنا
جاز ان يكون رضا بسبب ظن ان المستصنع مجبور على القبول وانه مجتهد فيه **قوله**
فلما ذكرنا إشارة الى قوله ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط **قوله** اذا امكن اعلامه بالوصف
وصورته ان يجيء انسان الى آخر فيقول اخر زلي خفا صفته كذا وقدره كذا بكذا درهم
او يقول للصانع اصنع لي خاتما من فضتك وبين وزنه وصفته ويسلم الثمن كله او بعضه او لا يسلم
قوله لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة رح فيشترط فيه
شروط السلم من قبض رأس المال في المجلس وعدم الخيار للرب السلم اذا اتى بالمصنوع على
الوصف الذي وصفه والمراد الاجل الذي يضرب للسلم فقال في المبسوط هذا اذا ذكر المدة
على سبيل الاستمهال اما اذا كان على سبيل الاستعجال بان قال على ان يفرغ عنه غدا
او بعد غد فهذا لا يكون سلما لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأجيل المطالبة بالتسليم الا ترى انه
ذكر ادنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكي عن الهذواني ان ذكر المدة من قبل المستصنع
فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لانه يذكره على سبيل
الاستمهال وقيل ان ذكر ادنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان اكثر من ذلك
فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يمكن تقديره بشي معلوم * (قوله)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولا يبي حنيفة رح انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لاشبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى والله اعلم

مسائل منشورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رة اند لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رة لا يجوز بيع الكلب لقوله عم ان من السحت

قوله فيحافظ على قضيته يعني ان العمل بحقيقة المنظر واجب الا اذا صرفه عن الحقيقة صار ف و ذكر الاجل لا يصرفه عنها لان ذكره قد يكون للاستعجال كما لو قال لخباط خط هذا الثوب غدا فيحمل على حقيقة الاستصناع **قوله** وجواز السلم باجماع لاشبهة فيه اي باجماع الصحابة **قوله** وفي تعاملهم نوع شبهة فان عند زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز ولانه نقل من الصحابة رضي الله عنهم تعاملهم السلم وتايد الاجماع في السلم بظاهر الكتاب والسنة المشهورة وفي نقل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة فكان الحمل على السلم اولى والله اعلم

* مسائل منشورة *

قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء لا شك في جواز بيع المعلم واما بيع كلب غير معلم فقد ذكر شمس الاثمة السرخسي رحمه الله انه اذا كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه قال رحمه الله وهو الصحيح من المذهب وهذا لانه اذا كان يقبل التعليم كان منتفعا به فيكون مالا محلا للبيع والدليل عليه انه ذكر في النوادر انه لو باع الجرو جاز بيعه لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم وهكذا تقول في الاسد اذا كان بحيث يقبل التعليم ويصاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز البيع واما النمر فقد اختلف الروايات فيه عن ابي حنيفة روى الحسن رح انه يجوز بيعه وروى ابو يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيعه وروى ابن رستم عن محمد انه (لا)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

مهر البغي و ثمن الكلب ولأنه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا أنه م نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية لانه منتفع به حراسة واصطيد اذ كان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول دأى الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم المئاول دون البيع **قال** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله م ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها

لا يجوز بيعه وبيع الغيل جائز لانه منتفع به حقيقة وشرعا فهو كسائر الحيوانات واما الهرة فقد ذكر شيخ الاسلام رح انه يجوز بيعها وسئل عطاء عن ثمن الهرة فقال لا بأس به * **قوله** مهر البغي اي اجرة الزانية **قوله** ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية فان قيل المدعى جواز بيع جميع الكلاب وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير فلنا ايراد الحديث لا بطلان مذهب الخصم ولان الحديث يدل على جواز بيع جميع الكلاب لان كل كلب يصلح لحراسة الماشية اذ من عادة الكلاب نباحها عند حس الذئب او السارق ولانه منتفع به حراسة واصطيد اذ كان مالا لان المال اسم لغير الآدمي مما يصلح لمصالح الآدمي فان قيل الكلب يمكن الانتفاع بمنافعه لا بعينه كالآدمي فانه ينتفع بمنافعه بالاجارة ولا يدل على ان عينه مال فلنا ان الانتفاع بالمنفعة يقع من الكلب تبعاً لملك العين لا تصدأ في المنفعة الا ترى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة والثوب فان قيل شعر الخنزير ينتفع به النساء كلفة ولا يجوز بيعها فلنا ان الخنزير محرم العين شرعا لا يباح امساكه لمنفعة بوجه فيثبت الحرمة في كل جزء من الشعر والعظم وسقطت القيمة ثم الاباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة عن اصله فيما عدا الضرورة كالباحة لحمه حالة الضرورة لا تدل على صحة التمول وجواز البيع فاما الكلب فما ثبت فيه تحريم مطلق ثم اباحته لضرورة لبقى ما وراءها على التحريم **قوله** والحديث محمول على الابتداء فان قيل (ما)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

ولانه ليس بمال في حتنا وقد ذكرناه **قال** واهل الذمة في البيعات كالمسلمين لقوله في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم مال للمسلمين وعليهم ما عليهم ولا انهم مكلفون محتاجون كالمسلمين **قال** الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها ومن قال لغيره بع صبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز وياخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف درهم ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة على الثمن والمثمن جائز عندنا وتلتحق باصل العقد خلا فالنفر والشافعي رح لانه تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع

ماروي محرم وما ذكرتم مبيع والمحرر آخرهما ورودا على ما عرف قلنا هذا اذا لم يدل الدليل على السبق وقد دل ههنا لانه عليه السلام كان يشدد في امر الكلاب قلعالهم من الاقتناء وكان ذلك في الابتداء فيكون المحرم سابقا لا محالة *

قوله ولانه ليس بمال في حتنا اي مال متقوم **قوله** كالمسلمين حتى ان الذمي اذا باع مكبلا او موزونا بمكيل او موزون من جنسه متساويا جاز ولا يجوز متفاضلا **قوله** ولا انهم مكلفون محتاجون كالمسلمين اي بالايمان وموجب المعاملات ولما كانوا مكلفين ولا يمكنهم اقامة ما كلفوا به الا ببقاء انفسهم كانوا محتاجين الى ما يبقى به انفسهم كما في حق المسلمين ولا يبقى الا بالنفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا يحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومن تلك الاسباب البيع فيجب ان يكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين لئلا نكونوا من تبقي انفسهم لا قامة التكليف **قوله** ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها الخطاب للعمال اي اجعلوهم ولا يبيعها **قوله** ومن قال لغيره بع آلخ وصورة المسئلة ان يطلب انسان من آخر شرى عبده بالف درهم وهو (لا)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

وهو كونه عدلا او خاسرا اور ابحاثه قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن

لا يبيع الا بالالف وخمس مائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالالف فيجئ آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالالف على اني ضامن لك خمس مائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعته ويكون قوله بعته جوا باللكل ولو لم يوجد اباء ولا مساومة ولكن ايجاب العبد بالالف حصل عقيب ضمان الرجل ذلك كان كذلك استحسانا اما ضمانه بعد الالاء والمساومة يصح قياسا واستحسانا وذكر فخر الاسلام رحمه الله واصل ذلك ان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله فاما فصول الثمن فيستغني عن ذلك ويجوز ان يقابله تسمية المال لاحقيقته لا ترى ان من باع عبدا بالفين وقيمته الف ان الالف الزائدة لا يقابله مال الا تسمية فصار الفضل في ذلك بمنزلة بدل الخلع باصله وقد صح شرطه على غير العاقد هناك اعني غير المرأة فكذلك ههنا فان قال من الثمن فقد وجدت صورة المقابلة فان لم يقل من الثمن لم يوجد صورة المقابلة ولا معناها وقال الامام التمر تاشي رحمه الله في قوله لو قال بعته بالالف على اني ضامن لك خمس مائة من الثمن سوى الالف فباعه جاز البيع للمشتري بالالف وخمس مائة على الاجنبي لانه جعل زيادة في الثمن ولا يجوز في حق المشتري حتى لو ادعى الالف الى البائع له ان يقبض العبد وليس للبائع ان يحبس لاجل الخمس مائة ولو اراد المشتري ان يبيعه مرابحة يبيعه على الف وان كانت دارا للشفيع اخذها بالالف ولو تقايلا البيع فلا جنبي ان يسترد الخمس مائة من البائع وفي قياس قول ابي يوسف رح ان الاقالة بيع جديد ينبغي ان لا يسترد وكذا الوردة بعيه بغير قضاء او بقضاء يسترد ولو ضمن الاجنبي با المشتري وباقي المسئلة بحالها فالزيادة صارت واجبة في حق المشتري وللبائع ان يحبس العبد حتى يصل اليه الف وخمس مائة لانه لما ضمن با المشتري كان للضمنين ان يرجع على المشتري فصار كان المشتري اشترا بالالف وخمس مائة وله ان يبيعه مرابحة عليه لان المرابحة تكون بما قام عليه وللشفيع اخذها بذلك (و)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبذل الخلع لكن من شرطها المتأبلة

ولو اراد المشتري رده بعيب بقضاء او بغير قضاء او تقابلا لبايع يرد الا ان على المشتري
والزيادة على الضمين فان قيل يجب ان لا يصح الزيادة في الثمن من الاجنبي لان اصل
الثمن ان لا يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة يجب ان لا يجوز من الاجنبي
اذا كان ما باراها يحصل لغيره قلنا ذكرنا في ابواب الجصاص عن الشيخ ابي الحسن الكرخي
رحمهما الله انه اورد هذا السؤال ومنع وقال يجوز ان يكون اصل الثمن على الاجنبي والمثل
لغيره كما يجوز الزيادة في الثمن من الاجنبي وما باراها لغيره وقال لا يعرف في هذا رواية
منصوص عليها من اصحابنا بخلاف ما قلنا فساغ لنا المنع فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق
ثم قال الجصاص هذا المع الذي ذكر الكرخي مما يبعد لان عن اصحابنا رواية في هذا
فان محمد ارحمه الله ذكر في كتاب الصرف وغيره ان من اشترى شيئا بدين له على غيره
لا يصح هذا الشراء عند علمائنا لانه اشترى بشرط ان يكون تسليم الثمن على غيره والمثل
لغيره واذا كان الشراء بشرط ان يكون تسليم الثمن على غيره باطلا فلا يبطل
الشراء اذا كان وجوب التسليم والثمن على غير المشتري اولى واذا كان كذلك لم يكن بد
من الفرق والفرق ان القياس يبيح جواز الزيادة من الاجنبي في الثمن لانها بدل المال
معوضة من غير ان يحصل بازائه عوض وذلك لا يجوز اعتبارا باصل الثمن الا اذا تركنا القياس
بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الاجنبي شرعا وهو حديث ابي قتادة الانصاري رضي الله عنه
حين امتنع النبي عليه السلام عن الصلوة على رجل من الانصار لمكان دين عليه
قال ابو قتادة هو علي او الي اوفي مالي وجوز ذلك منه حتى صلى على الميت وذلك
القضاء منه بدل المال من غير عوض يحصل بمقابلته والزيادة من الاجنبي في الثمن في معناه
فكانت ملحقة به استدلالا به وقال شمس الائمة السرخسي رح وفخر الاسلام لو استدللنا
في جواز التزام الزيادة عن الاجنبي بهذا الحديث وهو حديث ابي قتادة ينبغي (ان)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فصيح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح *
قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر وهذا قبض لان وطئ الزوج حصل بتسليطه من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعيب حكومي فيعتبر بالتعيب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا *

ان يجوز من الاجنبي التزام اصل الثمن ايضا كما يجوز التزام الزيادة على الثمن لان حكم الحديث لا يفرق بينها وبالاتفاق ان التزام اصل الثمن لا يجوز منه ولان حكم الحديث انما كان بعد الوجوب والتزام الزيادة من الاجنبي يجوز وقت المعاقدة قبل وجوب اصل الثمن على المشتري فعلم ان بينهما فرقا *

قوله تسمية بان يتكلم بلفظ من الثمن وصورة بان يكون المسمى بمقابلته المبيع صورة وان لم يقابله من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصل بالزيادة عليه فاشبهه بدل الخلع فيصح اشتراطه على الاجنبي بخلاف ما اذا لم يقل من الثمن حيث لا يصح لانها ليست زيادة في الثمن بل هو التزام مال مبتدأ فيكون بطريق الرشوة وهو حرام **قوله** فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة فان قيل فعلى هذا كان ينبغي ان يصح بيعها قبل القبض لقيام سبب الولاية قلنا ورد النهي عن البيع قبل القبض والنكاح ايسر في معناه لان البيع ينطل بالغرر والنكاح لا يبطل به ولان القدرة على التسليم شرط لصحة البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح الا ترى ان بيع الابق لا يجوز والنكاح الآبق جائز وفي الفوائد وذكر الصدر والشهيد رحمه الله اشترى جارية ثم زوجها قبل القبض ان تم البيع جاز النكاح وان انتقض بطل في قول ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح والمختار قول ابي يوسف رح لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض (من الاصل)

قال ومن اشترى عبد اغتاب (والعبد في يد البائع) فاقام البائع البيئة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم ينع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يد راين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا نذر استيفاءه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات مفلساً والمشتري اذا مات مفلساً والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما

من الاصل فصار كان لم يكن فكان السكاح باطلا والقياس ان يكون قابضا بنفس التزويج وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله حتى اذا اهلكت بعد ذلك فهو من مال المشتري لان التزويج عيب فيها حتى لو وجدها المشتري ذات زوج له ان يردّها فالمشتري اذا عيب المعنود عليه يصير قابضا ويجعل التزويج كالا عتاق او التدين ولكنه استحسّن فقال لا يكون قابضاً لها بنفس التزويج حتى اذا اهلكت فهو من مال البائع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما التزويج عيب من طريق الحكم على معنى انه يقل رغبات الناس فيها وينتقص لاجله الثمن وهو في معنى نقصان السعر والتزويج لما كان عيباً من طريق الحكم كان نظير الاقرار عليه بالدين والمشتري لو اقر عليها بالدين لا يصير قابضاً لها بخلاف العيب الحسي بان قطع يدها او قلع عينها فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو اتلاف الجزء من عينها كذا في المبسوط فان قيل يشكل على هذا الاعتاق والتدين فان المشتري يصير قابضاً بهما وهما ليسا باستيلاء على المحل بالفعل قلنا قال في المبسوط الاعتاق انهاء للملك فيها واتلاف للمالية ولهذا ثبت له الولاء فمن ضرورته ان يصير قابضاً وكذلك التدبير نظير العتق في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبر به *

قوله ومن اشترى عبد اغتاب اي قبل نقداً الثمن فاقام البائع البيئة انه باعه اياه وفي الفوائد (و)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الانصبيه وكان متطوعا بما ادعى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطرب فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بآداء جميع الثمن لان البيع صنفه واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطرب يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه

وفي قوله ملك المشتري ظهر باقراره اشارة الى انه لا يشترط اقامة البيعة للبيع اذا كان لا يدري اين هوان موضوع المسئلة ان العبد في يد البائع وقول الانسان فيما في يده مقبول لكن مع هذا يشترط اقامة البيعة ليكون البيع بحجة بالغة وهذه البيعة لكشف الحال وفي مثلها لا يشترط حضور الخصم وانما وضع المسئلة في المنقول لان القاضي لا يبيع العقار على الغائب ثم قيل يصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري وبيع المشتري قبل القبض لا يجوز فكذا بيع القاضي وفيه نظر لان المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيل عنه وقيل لا يصب لان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود النظر للبايع احياء لحقه والبيع يحصل في ضمن النظر ويجوز ان يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت قصدا *

قوله فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه ذكر الامام التمر تاشي رحمه الله بالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن فلو نقد اخلفوا في مواضع الاول لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لهما فان قبل لا يجبر على تسليم نصيب الغائب الى الحاضر خلافا لهما فلو قبض الحاضر العبد لا يرجع على الغائب بما نقد خلافا لهما **قوله** كمعير الرهن بان اعار شيئا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير يرجع بما ادعى من الدين على الراهن وان كان قضى دين الراهن بغير امره لانه مضطرب في القضاء لانه لا يمكن من الانتفاع بماله الا بقضاء الدين فكذلك (هنا)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

كالوكيل بالشراى اذا قضى الثمن من مال نفسه *

قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثلث اليهما على السوى فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما *

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جيار فتضاه زيوفاه وهو لا يعلم فانفتها او هلكت تهيوتضاء عند ابي حنيفة ومحمد ربح وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه

هنا بخلاف ما لو استاجر ان يغاب احد هما فنقد الاخر كل الاجر فهو متبرع لانه غير مضطور لانه لا حبس للاجر للاجرة فان هلك العبد في يد الحاضر رجع على الغائب بما نقد عنه فان هلك بعد ما حضر وطلب منه هلك بما نقد عنه فان كان حاضرا فنقد فهو متبرع *

قوله كالوكيل بالشراى وبيان انه كالوكيل بالشراى ان الصفقة لما كانت واحدة فانما يثبت الملك لكل واحد منهما بقبول صاحبه اذ لو لم يقبل صاحبه لما ثبت المبدل له فكان كل واحد منهما كالمتعاون لصاحبه فهذا معنى قوله كالوكيل وللوكيل ان يرجع على الموكل بما ادى عنه وان يحبس لاستيفاء حقه كذلك ههنا فان قيل لو كان كالوكيل ينبغي ان لا يفترق الحال بين حضور المشتري وغيبته كمعير الرهن وكالوكيل بالشراى قلنا ان كل واحد منهما بمنزلة الوكيل من صاحبه على ما ذكرنا فاعتبرت شبهة الوكالة عند غيبته احدى الحقيقتين عند حضرتيهما عملا بالشبهين والعدل على هذا الوجدان من العكس لما كان الاضطرار الى اداء الجميع للانتفاع بنصيبه اذا كان غائبا **قوله** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان ولنظر رواية الاصل من الجامع الصغير بعنك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة ورواية كتاب البيوع اذا باع جارية بالف مثقال فضة وذهب جيد ولا فرق في الحكم فيما اذا قدم الذهب على الفضة واخره عنها وكذا في وصف الذهب او الفضة (با)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف
لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الي ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى
لو تجاوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن
تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له *

بالجودة يكون وصفا فيهما كما لو قال عدي حر غدا وامرأتي طالق او قال عبده حر وامرأته طالق
غدا انهما يقعان غدا جميعا وقال الامام التمر تاشي رحمه الله اشترى جارية بالف مثقال ذهب
وفضة فهما نصفان لانه اضاف العقد ليهما فيشترط بيان صفتيهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث
ينصرف الى الجيد وكذا لو قال له علي مائة مثقال ذهب وفضة فعليه من كل واحد النصف
فكذا هذا في جميع ما يقربه من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او غصبا او ودعة
او بيعا او شرا او مهورا او جعلا في خلع او وصية وكفالة او غير ذلك وكذا لو قال له علي كر حنطة
وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس فان قيل ينبغي ان يترجم الذ ذهب لاختصاصه
بالمثاقيل او يترجم الفضة لكونها غالبية في المبايعات قلنا ما تعارض هذان الوجهان وجب المصير
الى قضية الاضانة ومطلق اضافة المثاقيل اليهما يوجب الشركة على السواء *

قوله لان حقه في الوصف مرعي كما هو في الاصل اي حق رب الدين في وصف
الدين من حيث الجودة واجب رعايته كحقه في الاصل من حيث القدر وان كان
المقبوض دون حقه قدر الم يسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان فكذلك اذا كان دون حقه
وصفا الا انه يتعذر عليه الرجوع بفضل القيمة لانه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها
فيرد عين المقبوض ان كان قائما ومثل المقبوض ان كان مستهلكا لان مثل الشيء له حكم عينه
قوله لانه ايجاب له عليه وبهذا فارق ضمان كسب العبد المذون على المولى وضمان
المرهون على الراهن وان كان ملكا لانه لان ذلك ضمان ملكه عليه لانه بل للغريم وهذا ضمان
ملكه عليه له ولا نظير له فان قيل ايجاب الضمان له عليه انما يكون ممتنع لعدم العائدة وهنا (١)

(كتاب البيوع مسائل منشورة)

قال واد افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باغ فيها وكذا اذا اتكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولا نه صيد وان كان يواخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسرة او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد دارة او وقع ما نثر من السكر والدرهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا غسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبع الارض كما لشجر التابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء *

اشتمل على فائدة وصوله الى حقه وهو الجوده الاترى ان من اشترى مال نفسه لا يصح لعدم الفائدة ثم لو افاد بان اشترى مال نفسه مع مال غيره يصح لوجود الفائدة وهو يملك مال الغير بحصته من الثمن المذكور في الشري وكذا يجوز لب الما ان يشتري مال المضاربة من المضارب بما فيه من الفائدة فلذلك لا يصح وان كان فيه فائدة لان الجوده تتبع الدرهم لانها وصف لها فنقض قبض اصل الدرهم لاسترداد الجوده جعل ما هو الاصل تبعاً لتبعه وهذا انقض الموضوع وقلب المعقول بخلاف المستشهد به لانه ليس فيه ذلك *

قوله وكذا اذا اتكنس فيها ظبي وفي بعض الروايات اذا اتكنس اي دخل في الكناس وهو موضعه وانما قيد بالتكنس لانه لو كسره احد يكون له **قوله** وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك واما اذا هيا بان حفر بئر الصيد ووقع فيها فهو له **قوله** فصار كنصب شبكة للجفاف يعني فتعلق بها صيد واخذه انسان فهو لاخذ **قوله** او كان مستعدا له معطوف على قوله ما لم يكفه على تقدير حذف حرف النفي اي ما كان مستعدا له **قوله** بخلاف ما اذا غسل النحل في ارضه حيث يكون العسل لصاحب الارض لانه عد من انزال الارض والنزل الزيادة والفضل والفرق ان العسل ليس فيه معنى الصيدية لافي الحال ولا في المال والارض في يد صاحبها فبما فيها يكون في يد صاحبها وذلك لان العسل صار قائما بارضه على وجد القرار فصار تابعا لارضه كما لشجر والزرع ينبت فيها والله اعلم بالصواب (كتاب الصرف)

(كتاب الصرف)

* كتاب الصرف *

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يدالي يد والصرف هو النقل والرد لغة اولانه لا يطلب منه الا الزيادة اذا لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا **قال** فان باع فضة بفضة وذهب بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصباغة لقوله م الذ هب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث قال م جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع *

* كتاب الصرف *

قوله الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من العوضين من جنس الاثمان اي بيع الذهب بالذهب او الفضة بالفضة او احدهما بالآخر سمي بدلانه يحتاج الى نقل بدليه من يدالي يد والصرف هو النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا اي صرف الله قلوبهم اولانه عقد يرد على مال لا يقصد به ذاته بل يتغى به الفضل بطريق التوسل والصرف هو الفضل لغة كذا قاله الخليل ومنه سمي التطوع صرفا لانه فضل على الفرائض قال عليه السلام من انتمى الى غيرابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا اي لا تطوعا ولا فرضا والاموال انواع نوع ثمن بكل حال كالنقد بين صحبه الباء ولا قولت بجنسها او بغيره ونوع مبيع بكل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال كالثياب والدواب والمماليك ونوع ثمن بوجه مبيع بوجه كالمكيل والموزون فانه اذا كان مينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن مينا وصحبه الباء وقابله مبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل فان كان رائجا كان ثمنا وان كان سدا كان سلعة وهذا لان الثمن عند العرب ما يكون دينا في الذمة كذا قاله الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة ولهذا قلنا انها لا تعين بالتعيين فكان ثمنا على كل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية فلا يخرج به من ان يكون مبيعا والمكيل والموزون مستحق عينا (با)

(كتاب الصرف)

قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا لقول عمر بن الخطاب وان استظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد من الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا وان احدهما ليس باولي من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوع او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لا طلاق لما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه تمنا خلقه فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهب عن المجلس يمشيان معاً في جهة واحدة او نأما في المجلس او غشي عليهما لا يبطل الصرف بقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه

بالعقد تارة ودياً أخرى فيكون ثباته في حال مبيعاني حال ومن حكم الثمن ان لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد فوات تسليمه وصح الاستبدال برد والمبيع بخلافه *

قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق اختلف المشائخ رح ان القبض قبل الافتراق شرط صحة العقد وشرط بقائه على الصحة وعلى قول من يقول انه شرط بقاء العقد على الصحة لا اشكال وعلى قول من يقول شرط صحة العقد اشكال وهو ان يقال ما يكون شرط الجواز بشرط حاله العقد كالشهادة في باب الكاح والمالي في المبيع والجواب ان اشتراط القبض حاله العقد غير ممكن لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلى الجواز بقبض يوجد في المجلس لان المجلس العقد حكم حاله العقد فكان كالموجود عنده حكماً **قوله** لما روينا هو ما روي قبيله يدايد **قوله** ففيه شبهة عدم التعيين لكونه تمنا خلقه يريد به ان الشبهة في الحرمان ملحقة بالحقيقة **قوله** لقول ابن عمر رضي الله عنه وان وثب من سطح فثب معه وفي المبسوط وعن ابن حنبل قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقيل الفا فقه وصنديم الورق الكاسدة فنبتاء ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشترورهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وليس (١)

(كتاب الصرف)

وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لغوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا ولثاني يغوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقررره (وفيه خلاف زفر ر ح) *

قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينار بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقه للدعوى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفره لان الدراهم لا تعين فيصرف العقد الى مطلقها ولكن نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز

المراد من هذا الاطلاق في الوثبة المهلكة بل هو مبالغته في ترك الافتراق بالابدان قبل القبض *

قوله وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم اي المعتبر تفرق الابدان لا القيام عن مجلس العقد بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالاعراض اذا التخيير تسليمك فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله **قوله** الذهب بالورق ربوا اي حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم وقوله هاء بوزن هاء اي خذ ومنه هاؤم اقرؤ واكتبه اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان **قوله** لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا اي بشرط الخيار والثاني يغوت القبض المستحق اي بالاجل **قوله** الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيه خلاف زفر رحمه الله وكذا اذا اسقط الاجل بان سلم في المجلس **قوله** ولكن نقول الثمن في باب الصرف مبيع فان قبل لوجعل كل واحد منهما مبيعا لا بشرط قيام الملك في كل واحد منهما **قوله** الى العقد حتى لا يصير بائعا مالا ليس عنده وام يشترط (قيام)

(كتاب الصرف)

وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازة لما فيه من احتمال الربوا **قال** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالنسي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشترها بالنسي مثقال

قيام الملك في الدراهم والدنانير وقت العقد فقد ذكر في الكتاب لو باع رجل من آخر دينارا بدراهم وليس في ملك هذا دينار ولا في ملك ذلك دراهم ثم استقرض هذا دراهم ودفعها الى مشتريها واستقرض الآخر دينار ودفعه الى مشتريه جاز قلنا الدراهم والدنانير قبل العقد وحالة العقد ثمن من كل وجه وانما يعتبر مئنا من وجه بعد العقد لان اعتبارا مئنا بسبب العقد ضرورة ان العقد لا بد له من مئنا كما لا بد له من ثمن فيعتبر كونه مئنا بعد العقد لا قبله فلا يشترط قيام الملك فيه قبل العقد وهذا كما في بيع العرض بالعرض فان كونه مئنا لا يثبت قبل العقد بوجه من الوجوه لانه مئنا في الاصل وانما يصير مئنا بسبب العقد ضرورة ان العقد لا بد له من ثمن فيعتبر كونه مئنا قبل العقد حتى يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة العقد ويتعلق العقد بهما ويعتبر كونه مئنا بعد العقد حتى لا ينفسخ العقد بهلاك احد هما بعد البيع قبل القبض كما لو كان مئنا من كل وجه كذا هنا واذا اعتبرت الثمنية قبل العقد في البدلين من كل وجه لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد ولا يتعلق العقد بالمشار اليه *

قوله وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا جواب اشكال وهو ان يقال لو كان مبيعا لكان متعينا قلنا ليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا فالمسلم فيه مبيع غير متعين ولانه ليس بمبيع مطلقا بل هو مبيع من وجه ثمن من وجه وهو كاف لسلب الجواز اذا شبهة كالحقيقة في الحرمات **قوله** لما ذكرنا في الحديث والمعقول **قوله** ببيع ببيع بجنسه مجازة (لما فيه)

(كتاب الصرف)

الف نسيئته والى نقد فالتقدم الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما وكذلك ان باع سيفاً محلياً بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذه هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد به احد هما فيحمل عليه بظاهر حاله فان لم يتقابض حتى افتراق بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افرادة بالبيع كالجدع في السقف وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افرادة بالبيع فصارك الطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه ولا يدري لا يجوز البيع

لما فيه من احتمال الربو وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لا يجوز ايضا لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحة العقد حتى لو تباعد هبا ذهب مجازفة وافتراق بعد التقابض ثم علما بالوزن انهما كانا متساويين لا يجوز عندنا خلافا لفرز رحمه الله *

قوله الف نسيئته والى نقد ولوا اشتراها بالفي مثقال فضة نسيئته فسد في الكل عند ابي حنيفة رحمه الله اما الطوق فلفوات التقابض واما في الامة فلان المفسد مقارن العقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي وعندهما لا يفسد في الامة لان الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما اما لو اشتراها بالفي مثقال ولم ينقد من الثمن شيئا حتى افتراق بطل في الطوق دون الجارية بالاجماع لان الفساد في الطوق طارئ فلا ينعدي الى الامة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس ولو قال خذه هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخرون نعم او قال لا وتفر على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح في الاستحقاق عند المساواة (في العقد)

(كتاب الصرف)

للمرءى او لا حتماله (وجهة الصحة من وجه) وجهه الفساد من وجهين فترجحت *
قال ومن باع اناء فضة ثم افتراقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض
وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصيح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد
طارى لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع * ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار
ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء * ومن باع قطعة نقرة
ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعض *

قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما
بخلافه وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كرسعير وكرسعير بكرى شعير
وكرى حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرف لانه قابل الجملين بالجمل

في العقد او الاضافتي لا مساواة بعد تصحيح الدافع بكون المدفوع من ثمن السيف خاصة والقول
في ذلك قوله لانه هو المملك والقول في بيان جهة التملك اليد كذا في المبسوط *
قوله للمرءى اي فيما اذا كانت مثله اقل من ادواته لاي فيما لا يدري وفيه خلاف زفر رح
قوله وجهه الفساد من وجهين بتقدير المساواة والنقصان والجواز بتقدير الزيادة ولو استوت
الجهتان لترجحت جهة الفساد احتياطا فذا ظنك اذا كانت جهة الفساد اكثر فان قيل الترجيح
انما يكون بشي لا يكون عللا ثابتا للحكم ابتداء وههنا كل واحد من الجهتين اعني المساواة
والنقصان من المفروض عللة عدم الجواز ابتداء فلا يصلح للترجيح فلنا مرادة انه اذا كان احدهما
يكفي للحكم فذا ظنك عند اجتماعهما لا الترجيح الحقيقي **قوله** لانه صرف كله فصيح فيما وجد
شرطه وبطل فيما لم يوجد بخلاف مسئلتي الجارية مع الطوق والسيف مع الحلية فان كل واحدة
منهما صرف وبيع فاذا انقضى بدل الصرف صح في الكل **قوله** وكان الاناء مشتركا بينهما ولا يقال ان فيه
تفرق الصنفين على المشتري فينبغي ان يتخير لان التفرق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من
العقد فصار كهلاك احد العوضين لان الشركة وقعت بصنعده وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن (قوله)

(كتاب الصرف)

ومن قضيته الانقسام على الشيوع لاعلى التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرا بحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبدا آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبدة وعبدة غيرة وقال بعثك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبدة وكذا اذا باع درهما وثوباً بدرهم وثوب وافتراق من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس فانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا تصرفه

قوله ومن قضيته الانقسام على الشيوع بان يتقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاصل ضرورة اذ الحنطة والشعير والدرهم والدينار من احد الجانبين اكثر فيتحقق الربو وفي صرف الجنس الى خلافه تغيير تصرفه واثبات مقابلة لادليل عليها في لفظه نعم فيه تصحيح تصرفه ولكن تغيير التصرف لا يصح لتصحيح التصرف كما في المسائل المذكورة ولنا ان العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لانها مقابلة مقيدة واللفظ المطلق غير متعرض لواحد منها ولكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد وسائر وجوه المقابلة لا يقتضيه الاطلاق وذلك لان الذات لا يخلو عن وصف من الاوصاف كما عرف في الرقبة الا ترى انه لو اتى بهذه المقابلة ثم قال على ان يكون الجنس بخلاف الجنس يصح وبصير الفرد مقابلا للفرد ولولا الاحتمال لما صح التفسير به ولما كانت هذه المقابلة يحتمل مقابلة الفرد وهو طريق متعين لتصحيحه وجب ان يحمل عليه تصحيحا تصرفه ولهذا وجب حمل كلامه على المجاز اذا لم يصح الا بالحمل عليه وبه تبين انه ليس بتغيير لكلامه بل هو (تعيين)

(كتاب الصرف)

وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجب الاصلى وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره بنصف الى نصيبه تصحبا لتصرفه بخلاف (ما عد من المسائل اما) مسألة المراجعة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب

تعيين احد المحتملين ولئن كان فيه تغيير ففيه تغيير وصفه وهو بطلان صفة الشيوع لا اصله اذ موجب الاصلى ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وهو باق بعده ولهذا قبول الفرد بالفرد في الجنس بالجنس بان باع دينارين بدينارين حتى لو قبض كل واحد منهما دينارا يصح العقد فيه فلو قبلت الاجزاء بالاجزاء لما صح لان المقبوض ح يكون مقابلا بالمقبوض وغير المقبوض وصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه وان كان فيه تقييد كلامه تصحبا لتصرفه وكذا لو باع عبد بالف درهم وفي البلد نقود مختلفة وبعضها اروج يحمل مطلق كلامه عليه تصحبا لتصرفه وان كان فيه تقييد كلامه *

قوله وفيه تغيير وصفه لا اصله اي وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد تغيير وصف العقد لما ان وصف العقد يقتضي الانقسام بالشيوع لكن في الانقسام بالشيوع تغيير اصل العقد لان اصل العقد العقد الصحيح الذي يثبت الملك قبل القبض فلو قلنا بالانقسام بالشيوع يفسد العقد ولا يثبت الملك قبل القبض فكان تغيير اصل العقد بسبب رعاية وصف العقد وفي مقابلة الفرد بالفرد بقاء اصل العقد على قضيته وهو ثبوت الملك في الكل قبل القبض مع تغيير الوصف فكان اهون التغييرين فكان اولى وفي المبسوط ولو صرف الجنس الى خلاف الجنس صح العقد ولا معارضة بين الجائز والفاسد فالجائز مشروع باصله ووصفه والفاسد مشروع باصله حرام بوصفه واذ لم يتحقق المعارضة يترجم ما هو مشروع من كل وجه على ما هو مشروع من وجه **قوله** لانه يصير تولية اي تغيير اصل العقد لانه فقد المراجعة فلو صحنا تصرفه يصير تولية (قوله)

(كتاب الصرف)

والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلاهما في الابتداء **قال** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد بذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تباعا فضة بفضة او ذهب بذهب (واحد هما اقل) ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمة باقى الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهية وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقيق الربوا اذا الزيادة لا يقابلها عوض (فيكون ربوا) **قال** ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينار بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز

قوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين اي طريق الجواز لانه كما يجوز ان تصرف الالف الى المشتري فكذلك يجوز ان تصرف اليه الف وواحد او اثنان او ثلثة والى الاخر اربع مائة وتسعة وتسعين او شيء والوجوه كلها سواء وليس بعضها اولى من البعض فيفسد العقد لجهالة طريق الجواز فان قيل قد تعدد طريق الجواز هنا لانا اذا صرفنا الدرهم الى الدينارين والدينار الى الدرهمين يصح واذا صرفنا نصف الدينار الى الدرهمين والدرهم مع نصف الدينار الى الدينارين يصح فلنا نعم الا ان التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يترجح احد وجوهه ولما ذكرناه رجحان لان العقد ورد باسم الدراهم فتجوزة مع بقاء اسم الدراهم اولى **قوله** والفساد في حالة البقاء وكلاهما في الابتداء والحاجة الى التصحيح فوق الحاجة الى الابقاء على الصحة لانه لولا الصحة يكون هو مرتكبا للمحرم في مباشرة التصرف ولا كذلك البقاء على الصحة ولان الفساد ثمة وهو لم يجز ان يتقابضا في المجلس وهنا متحقق **قوله** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار في هذه المسئلة احد الطرفين جنس واحد والاخر مشتمل على جنسين **قوله** على ما روينا وهو قوله عليه السلام الفضة بالفضة (مثل)

(كتاب الصرف)

ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لو لا ذلك يكون استبدال ايبديل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد ثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسائة وزفره يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فذلك في اصح الروايتين لتضمنه انقاسخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز *

قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتي بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرد بيت المال وباخذة التجار

مثل بمثل والظاهر انه اراد به ذلك اي ان البائع اراد بهذا العقد العقد الذي ذكرناه وهوان يكون العشرة بمثلها والدينا بدرهم ولوتبايعا فضة بفضة ومع اقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز صورته اذا باع عشرة دراهم وثوبا بخمسة عشر درهما وان لم يبلغ قيمته فمع الكراهة كالجوزة وكف من زيب وانما كره لانه احتيال لسقوط الربوا لياخذ لزيادة بالحيلة فيكرة كبيع العينة فانه مكروه لهذا *

قوله ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة اي من غير ان يفيد بالعشرة التي عليه اما اذا قيد بذلك فقال بالعشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف وفي ما اذا باع دينارا بعشرة مطلقة ثم تقاصا بالعشرة التي عليه خلاف زفره وهو القياس وفي الاستحسان يجوز وجه القياس ان هذا استبدال يبدل الصرف فلا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا او دينارا **قوله** ووجهه اي وجه الجواز انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرناه وهو قوله ولا بد من قبض العوضين لما روينا من قوله عليه السلام يدايد والدين السابق لا يجب تعيينه بالقبض فلم يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة واذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة (الى)

(كتاب الصرف)

ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما صرف من سقوط اعتبار الجودة *

الى الدين فان قيل لو فسخ الصرف ضمنا للمقاصة ينبغي ان يكون القبض شرطا لان
الاقالة بيع في حق الثالث والشرع ثالثهما فكان بيعا في حقه قلنا صارت الاقالة هنا في ضمن
المقاصة فجاز ان لا يثبت حكم البيع بمثل هذه الاقالة بل حكم البيع لها في حق الثالث
فيما اذا كانت الاقالة ثابتة قصد او في الاضافة الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد لانهما
لما اضافا العقد الى الدين وجب ثمن لا يجب تعيينه لانه يسقط وتعيين الساقط محال فلهذا
وقعت المقاصة هنا بنفس العقد لتجانسهما وعقد الصرف على هذا الوجه جائز لان قبض
البدلين انما يكون شرطا احتراز عن الربو افانه اذا كان احدهما مقبوضا والاخر غير
مقبوض واقترا يكون بيع عين بدين والعين خير من الدين لان الدين مما يقع الخطر في عاقبه
ولا خطر في دين يسقط فلاربوا بينه وبين المقبوض في المجلس الا ترى ان الدين بالدين حرام
ثم لو تصارفا درهم دين بدينا ردين صح لغوات الخطر وهذا بخلاف السلم فان اضافة عقد السلم
الى رأس مال هو دين على المسلم اليه في الابتداء لا يصح فكذا اذا حول العقد اليه في الانتهاء
وهذا لان ما يقابل برأس المال في السلم دين وبالمقاصة لا يتعين رأس المال فيكون دين بدين
وفي الصرف ما يقابل الدين عين مقبوض في المجلس والافتراق عن عين بدين جائز هذا اذا كان
الدين سابقا فان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم ثم باع المشتري من البائع ثوبا بعشرة
لا يقع المقاصة بنفس العقد لانه في الدين المتقدم لا يقع بنفس العقد فمع المتأخر اولي
فاما اذا تقابضا قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله لا يجوز المقاصة هنا لان الدين
لاحق فيكون صرفا بدين سيجب والأصح انه يصح لانه لما تقابضا تضمن ذلك فسخ الصرف
الاول وانشاء صرف آخر فكان صرفا بدين سبق وجوبه والغلة من الدراهم المقطعة التي
في القطعة منها فتراط او طسوج اوحبة كذا في المغرب فيرد هابيت المال لانزيا فتها ولكن لكونها قطعا
قوله ووجهه تحقق المساواة في الوزن اي وجه الجواز تحقق شرائط الصحة لان المساواة (في)

(كتاب الصرف)

قال وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا في الوزن * وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزنا لأن النقود لا تخلو من قليل غش عادة لأنها لا تطبع إلا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء وإن كان الغالب عليهما الغش فليسافي حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف أن يبعث بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر قال رضي الله عنه ومشائخنا رح لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلوا يبيح التفاضل فيه

في الوزن متحتقة والمساواة في الجودة ليست بمشروطة لما عرف أن الجودة ساقطة العبرة لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء *

قوله فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف يعني إن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم أو قل أولا يدري لا يصح وإن كانت أكثر يصح **قوله** ولكنه صرف جواب إشكال وهو أن يقال ينبغي أن لا يشترط القبض في هذه الصورة لأنه لما صرف الجنس إلى خلاف الجنس لا يشترط التقابض في المجلس قلنا إنما صرفنا الجنس إلى خلاف الجنس لحاجتنا إلى جواز العقد فإذا جاز العقد بذلك الطريق لا حاجة لنا إلى البقاء فلم يكن كل واحد منهما مصروفا إلى خلاف الجنس في حق القبض بل صرف إلى جنسه ليشرط التقابض في المجلس لعدم الحاجة إلى بقاء العقد على الصحة لأن الحاجة إنما تمس في نفي المفسد المقارن ليكون تصرفهما على الصحة لا في نفي المفسد الطارئ الغطارفة أي الدراهم الغطريفية منسوبة إلى الغطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام هارون الرشيد كذا في المغرب (قوله)

(كتاب الصرف)

ينفتح باب الربو انما كانت تروج بالوزن فالتباع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هي مادامت تروج تكون انما لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة يتعين بالتعيين واذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزئوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها التحقق الرضاء منه وبنسبها من الجباد وان كان لا يعلم لعدم الرضاء منه * واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رح قيمتها آخر ما تعامل الناس بهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وان لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رح يوم البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع لانه وان الانتقال الى النيمة ولا يحنف رح ان الثمن يهلك بالكساد لان النمية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمه ان كان هالكا كما في البيع السادس *

قوله ينفتح باب الربو متعلق بقوله لم يفتوا لانه لو جاز حل الربو في اعزال اموال لقاسوا عليه حل الربو في الذهب والفضة بالتدريج **قوله** ثم ان كانت تروج اي المغشوشة **قوله** بل بجنسها زيوفا اي بجنس الدراهم المغشوشة من الزئوف ان كان البائع يعلم بحالها انها زينة والمتساوي كغالب الفضة في التباع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش **قوله** واذا اشترى بها سلعة اي بالدراهم المغشوشة ثم كسدت اي في كل البلاد حتى لو كانت تروج في بعضها عليه رد المثل كذا اختاره الفقيه ابو الليث رحمه الله وفي عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كانت لا تروج في جميع البلد ان لانه يصيرها لكا ويبقى البيع بلا ثمن فاما اذا كانت لا تروج في هذه البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء اخذ مثل النقدا الذي وقع عليه البيع (و)

(كتاب الصرف)

قال ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يتعين لانها ائمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها * واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة ربح خلا فاليهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه * ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند ابي حنيفة ربح يجب عليه مثلها لانها امانة وموجبه رد العين معنى والتمنية فضل فيه اذا القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف التمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف ربح يوم القبض وعند محمد ربح يوم الكساد على ما مر من قبل

وان شاء اخذ قيمة ذلك دنائير وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد رحمه الله وما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يبطل البيع بالفساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفلسين وعندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد ربح لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد ينبغي ان يكون على هذا القياس ايضا وفي القدوري اذا اشترى بفلوس وكسدت قبل القبض فسد العقد في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يفسد وقال ابو يوسف ربح عليه قيمتها يوم البيع وعليه الفتوى ثم اذا فسد البيع بالكساد او بالانقطاع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما رده على البائع وان كان مستهلكا او هالكا رجع البائع عليه بقيمة المبيع ان لم يكن مثلها وبمثلها ان كان مثليا هذا اذا كسدت الدراهم والفلوس فاما اذا غلت بان ازادت قيمتها فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري واذا انتقصت قيمتها ورخصت فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع والذي ذكرنا من الجواب في الكساد فهو الجواب في الانقطاع اذا انتطعت الدراهم من ايدي الناس قبل القبض فسد البيع عند ابي حنيفة ربح وحدها لانقطاعه انه لا يوجد في السوق وان كان يوجد في ايدي الصارفة *

قوله والتمنية فضل فيه اي في القرض اذ صحة استقراض الفلوس لم يكن باعتبار صفة التمنية بل لانه مثلي وبالكساد لم يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد (قوله)

(كتاب الصرف)

واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمها الله انظر
وقول ابيوسف ابسر

قوله واصل الاختلاف اي اصل الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
وانما قيدنا به لانه بني هذا الاختلاف على الاختلاف في غصب المثلي كالرطب مثلا وفيه
كان الاختلاف بينهما نظير الاختلاف الذي نحن فيه كذا في النهاية وفي فوائد الخبازي
واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع الا ان هناك يعتبر القيمة يوم الخصومة عند
ايحنيقة رحمه الله وهنا لا يقول به لان ايجاب قيمتها من الغضة يوم الخصومة لا يفسد لان
قيمتها كاسدة وعينها سواء بل ايجاب العين كاسدة اعدل من قيمتها كاسدة فوجب مثلها
كاسدة وعندهما لما وجب اعتبار قيمتها رأبجة اما يوم القبض او آخريوم كانت رأبجة فيه
فكسدت كان ايجاب قيمتها من الغضة اولى من ايجاب عينها كاسدة كما في المبسوط
وقول محمد رحمه الله انظر في حق المقرض بالنظر الى قول ايحنيقة رح وكذا في حق
المستقرض بالنسبة الى قول ابي يوسف رح وفي فتاوى قاضي خان رح قال محمد رح
عليه قيمتها في آخريوم كانت رأبجة وعليه الفتوى وقول ابي يوسف رح ابسراي
للمفتي او القاضي لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الانقطاع لا يعرف الا بخرج وفي المحيط
ذكر القيمة على قولهما من غير فصل بين ما اذا كانت قائمة او هالكة والفلوس
المغصوبة اذا كسدت فان كانت قائمة رد عينها بالاجماع وان كانت هالكة فعلى الاختلاف
الذي مرو هذه المسئلة في الحاصل فرع مسئلة اخرى في كتاب الغصب ان من غصب
رطباً وهلك عنده او استهلك ثم انقطع او ان الرطب قال ابو حنيفة رحمه الله عليه قيمة
يوم الخصومة وقال ابو يوسف رح قيمة يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع وكثير
من المشائخ كانوا يفتون يقول محمد رح وبه كان يفتي الصدر الكبير برهان الائمة والصدر
الشهيد حسام الدين رحمهما الله وبعض مشائخ زماننا افتوا بقول ابي يوسف رح (قوله)

(كتاب الصرف)

قال ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفره لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف رح لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رح انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبيعة بالفلوس قيمادون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رح اصح لاسيما في ديارنا

قال ومن اعطى صير فيادرهما وقال اعطني بنصفه فلوسا ونصفه نصفاً الاحبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاحبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيرة ولو كررنا نظير الاعطاء كان جوابه كجوابيهما هو الصحيح لانهما يباعان واما قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفاً الاحبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رح

قوله ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس اي اشترى بفلوس قيمتها نصف درهم فضة **قوله** من الفلوس بيان لقوله ما يباع وفي المغرب الدانق بالفتح والكسر قيراطان والجمع دوانق ودوانيق وفي الصحاح الدانق سدس الدرهم والقيراط نصف دانق ومن اعطى صير فيا اي صرافاً وهو من قولهم للدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة اي فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة صراف وصير في كذا في المغرب **قوله** والفساد قوي لانه مجمع عليه وقد مر نظيرة وهو ما اذا جمع بين حرو عبد وباعهما صفقة واحدة فلولم يبين ثمن كل واحد منهما يشيع الفساد في الكل بالا جماع وان بين يشيع الفساد على قول ابي حنيفة رح (ولو)

(كتاب الكفالة)

وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله اعلم بالصواب *
كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح

ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان بان قال اعطني بنصفه كذا فليسوا اعطني بنصفه الباقي نصفاً الاحبة فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع وحكي عن الفقيه عمر بن جعفر الهندواني والفقيه مظفر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام رحمهم الله ههنا ايضا لا يصح وان كرر لفظ الاعطاء لان الصفقة متحدة لانها لو تفرقت انما تفرقت بتكرار قوله اعطني ولا وجه اليه لان قوله اعطني مساومة وتكرر المساومة لا يتكرر البيع الا ترى ان بذكر المساومة لا ينعقد البيع حتى ان من قال لا خربني فذل بعث لا ينعقد البيع مالم يقل الاخر اشتريت واذا كان لا ينعقد البيع بذكر المساومة فبتكراره كيف يتكرر العقد وكانت الصفقة واحدة والصحيح انها بيعان فلا يشيع الفساد **قوله** وفي اكثر نسخ المختصر اي مختصر القدوري والله اعلم *
* كتاب الكفالة *

هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال النبي عليه السلام انوا كفل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى نفسه ثم قيل اي في الشريعة هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة دون الدين وقيل في الدين وهو قول الشافعي ربح فيصير الدين الواحد دينين لان الكفيل مطالب بالايفاء والمطالبة بايفاء الدين ولادين محال اذ المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل ولهذا الووهب له صح وكذا لو اشترى به منه شيئاً صح وهبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح وكذا الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح وليس من ضرورة ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لانه وان ثبت الدين في ذمة الاصيل لا يستيفاء لا يكون الا من احدهما كالمغاصب (مع)

(كتاب الكفالة)

قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله هم الزعيم فارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة

مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المصوب منه الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما غير ان هناك اختيارة تضمين احدهما يوجب براءة الآخر لما فيه من التملك منه وههنا لا يوجب ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء فلهذا يملك مطالبة كل واحد منهما والاول اصح لان الدين بقي في ذمة الاصيل كما كان فلا يتصور وجوبه في ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب للكفيل واشترى به منه شيئاً فحججنا الدين عليه ضرورة تصحيح تصرفه وجعلناه في حكم دينين وقبله لا ضرورة ولا يتصور وجود المطالبة الا بعد وجود اصل الدين فاما ان يكون واجبا على من عليه المطالبة لا محالة فلا اترى ان الوكيل بالشراء مطالب بالثمن واصل الثمن على الموكل حتى لو ابرأ البائع الموكل عن الثمن صح وكما يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل الدين في حق من له ابتداء حتى يكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع واصل الثمن للموكل فكذلك يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل الدين في حق من عليه فيتوجه المطالبة على الكفيل بعقد الكفالة واصل الدين في ذمة الاصيل وكذلك ينفصل المطالبة عن اصل الدين سقوطاً بالتأجيل فكذلك التزاماً بالكفالة والمطالبة مع اصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك العين فكما يجوز ان ينفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق المكاتب وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن فكذلك يجوز ان ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام اصل الدين كذا في المبسوط واما ركنها فلا يجاب والقبول عند اي حنيفة ومحمد رح خلافاً لابي يوسف رح في قوله الاخر حتى (ان)

(كتاب الكفالة)

بنوعيهما ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه ويستعين
باعدان القاضي (في ذلك) والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم
في المطالبة فيه **قال** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برفقته او بروحه او بجسده او برأسه وكذا
بيدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق
وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجزى فكان
ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما
عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته

ان صندهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كان كفلا بالمال او بالنفس مالم يوجد قبول المكفول له او
قبول اجنبي عنه في مجلس العقد وقال ابو يوسف رة آخر الكفالة تتم بالكفيل وجد القبول والخطاب
من غيره اولم يوجد واختلف المشائخ رح في قوله الآخر ان الكفالة تصح من الكفيل وحده موفوفا على
اجازة الطالب او يصح نافذا للطالب حق الرد وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له
قبل القبول فمن يقول بالتوقف يقول لا يواخذ به الكفيل واما شرطها كون المكفول به مقدورا التسليم
من الكفيل حتى لا يصح الكفالة بالحدود والقصاص لفوات شرطها ان غير الجاني لا يواخذ بجناية
الجاني وان يكون ديننا صحيحا ولهذا لم يصح الكفالة ببذل الكتابة لانه ليس بدين صحيح لانه لا يجب
للمولى على عبده دين وانما وجب مخالفا للقياس فلا يظهر في حق صحة الكفالة واما اهلها
فاهل التبرع بان كان حراما كلفا فلا يصح من العبد والصبي وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل
قوله بنوعيهما الكفالة بالنفس والمال فان قيل قوله عليه السلام الزعيم غارم يدل على
وجوب الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا فكيف يستدل به على مشروعيته
قلنا الغرم ينبى عن لزوم شيء يضره وعلى الكفيل بالنفس يلزم الاضرار والحاجة ماسة
الى هذا النوع وهي ضرورة احياء حقوق العباد لانه ربما يغيب نفسه فيتويى حق صاحب
الحق ومن الصحابة انهم جوزوا الكفالة بالنفس **قوله** اما حقيقة كنفسه وجسده وبدنه (او)

(كتاب الكفالة)

لانه تصريح بموجبه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام * او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عم ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد روينافيه والتبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن بمعرفة لانه التزام المعرفة دون المطالبة **قال** فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما يرجي لما اذا يدعي * ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت وام حضره يحبسه لتحقيق امتناعه عن ايفاء الحق **قال** وكذا اذا ارتد والعيان لله ولحق بدار الحرب وهذا لانه عاجز في المدة فينتظر كالذي اسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في المؤجل واذا احضره وسلمه في مكان يتدبر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه انتهى بما التزمه وحصل المتصوده وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة *

او عرفا كما في بروحه او برأسه او بوجهه *

قوله لانه تصريح بموجبه اي موجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التملك العيال قال الله تعالى وهو كل علي مولاه والجمع الكلول والكل اليتيم ايضا والمراد ههنا اليتيم بدلالة عطف العيال عليه والعيال هو من يعول اي يقوته **قوله** وقد روينافيه وهو قوله عليه السلام الزعيم فارم بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم وفي الفارسية بان قال من ضامنم دانستن وي راعامة المشائخ قالوا يكون كفيلا فكانهم فرقوا بين الفارسية والعربية كذا في فتاوى قاضيخان رح **قوله** ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه ويستوثق منه بكفيل هذا اذا عرف مكانه وان لم يعرف مكانه (واتفق)

(كتاب الكفالة)

واذا كفل علي ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ
لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لاعلى الاحضار
فكان التقييد مفيداً * وان سلمه في بركة لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل
المقصود وكذا اذا سلمه في سواد اعدم قاض ينصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير
المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ

واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال الى ان يعرف
مكانه لانهما تصاد فاعلى عجزه عن التسليم للحال وان وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل
فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف مكانه فان كانت له خرجة معروفة فخرج
الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب
الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد للمدعي وان لم يكن ذلك معروفاً منه فالقول قول
الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة اياه والطالب بدعيه وقال
بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت
متوجهة عليه فلا يصدق في اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع
كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتباراً للثابت بالبينه بالثابت
معاينة وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب لا يسقط الكفيل عن الكفالة بل يمهل القاضي
مدة ذهابه ومجيئه لان لحاقه بدار الحرب كموته حكماً في قسمة ماله بين ورثته فاما في حق
نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته
وفي الذخيرة اذا الحق المكفول بنفسه بدار الحرب ان كان الكفيل قادراً على رده بان كان بيننا
وبين اهل الحرب مواد عة ان من لحق بهم مرتد ايرد ونهم علينا اذا اطلبنا يمهل قدر الذهاب
والمجيئ وان لم يكن قادراً على رده بان لم يتقدم مواد عة على الوجه الذي قلنا فالكفيل لا يرد عليه
قوله لحصول المقصود ان المقصود من التسليم في مجلس الحاكم امكان الخصومة واستخراج (١)

(كتاب الكفالة)

لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه * واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه مجز من احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادر على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت **قال** ومن كفل بنفسه آخرو لم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب بالتسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصوصه فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه

الحق باثبات حقه عليه وهذا الامكان حاصل متى سلمه في مكان آخر من هذا المص * **قوله** لانه قد يكون شهوده فيما عينه وذلك القاضي يعرف حادثه فلا يبرأ بالتسليم في مصر آخر قلنا ولعل شهوده فيما سلمه وهذا القاضي يعرف حادثه فتعارض الموهومان وبقي التسليم سالما عن المعارض فيبرأ وهذا اذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه وان شرط فلا يبرأ فيه عندهما وعلى قوله اختلاف المشائخ فيه **قوله** لا يقدر على المحاكمة فيه لان الغرض من التسليم تمكنه من احضاره بمجلس الحكم ليثبت عليه حقه وذالايأتى اذا كان محبوسا **قوله** ولا يشترط قبول الطالب التسليم وفي المبسوط ويستوي ان قبله الطالب او لم يقبله لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم ولا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كما لد يون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه لو توقف على قبول الطالب تضرره من عليه فانه يمتنع من ذلك ايفاء لحقه والضرر مدفوع بحسب الامكان ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته اي من كفالة الكفيل صح وفي المبسوط واذا دفع المكفول به نفسه الى الطالب وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل (لانه)

(كتاب الكفالة)

فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف
فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة
وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال * ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب
المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح
هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر
من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف
عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف * ومن كفل بنفس رجل وقال ان
لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة

لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع اى دفع الخصومة فلا يكون في تسليم نفسه الى
المطالب متبرعا كالمحيل اذ اقصى الدين فلذلك صح تسليم نفسه قبل الطالب او لم يقبل *
قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف
فالتقييد بقوله لما عليه مفيد لانه اذا لم يقل لما عليه لا يلزم على الكفيل شيء عند محمد رح
واما التقييد بقوله وهو الف فلا يفيد **قوله** وهذا التعليق صحيح لانه تعليق بشرط متعارف
لتعامل الناس اياه وان كان القياس ياباه وبالتعامل يترك القياس في البيع كما لو اشترى
نعلا على ان يحذوه البائع مع ان بابه اضيق من الكفالة فلان يترك هنا وبابها واسع او لى
وقال الشافعي رح لا يصح هذه الكفالة اى الكفالة بالمال لانها سبب وجوب المال
وتعليق سبب وجوب المال بالاخطار لا يصح كالبيع ولا يصح الكفالة بالنفس ايضا عنده
فلا يصح الكفالتان ولنا ان الكفالة بالمال يشبه النذر ابتداء باعتبار التزام المال ويشبه البيع
انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل بما ادى عنه فكان مبادلة المال بالمال فقلنا لا يصح
تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ومجى المطر ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين
ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن (المال)

(كتاب الكفالة)

قال ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها اولم بينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وايبوسف رح وقال محمد رح ان لم بينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه

المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة فان قيل شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافقة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس على حالها ولهذا الوابر الكفيل الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المادة في هذه المسئلة لا يلزم الكفيل شيء لان بالابراء انفسخت الكفالة فلم يتحقق عدم الموافقة حال بقاء الكفالة بالنفس فكذلك ههنا انفسخت الكفالة بموت المكفول به لان الكفالة بالنفس تبطل بموت المكفول به فصار نظير الابراء فلا يلزمه المال فلنا الابراء وضع لنسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء ينسخ الكفالة من كل وجه وبالموت تنسخ فيما يرجع الى المطالبة بالنفس ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافقة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق والشرط عدم الموافقة مطلقا هذا اذا مات المكفول به فان مات الكفيل قبل انقضاء المدة هل يجب المال دينا في تركه الكفيل اذا مضت المدة في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان ابى القبول يجبر عليه لان لهم حق في ذلك وهو انه لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة *

قوله ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها اي بين صفتها بانها جيدة اوردية وخليفة اوركنية اولم بينها ويحتمل ان يكون معنى قوله وبينها اي بين قدر المال بقابان ادعى مائة دينار اولم يبين قدر الدينار ولم يذكر المائة في دعواه لان صورة المسئلة في اصل رواية الجامع الصغير رجل لزم رجلا فادعى عليه مائة دينار ولزمه ولم يدع عليه مائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غدا فان لم وافك به غدا فعلي مائة دينار فرضي به فلم يواف به قال عليه مائة دينار في الوجهين جميعا اذا ادعى صاحب الحق انه له (قوله)

(كتاب الكفالة)

لانه علق ما لا مطلقا بخطر الايمرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه و
ان بينها ولا نه لم يصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذالم يجب لا تصح
الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا
فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان
فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية *
قال ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجبر عليها عنده
وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد (فيليق بهما الاستيثاق

قوله لانه علق ما لا مطلقا بخطر حيث قال فان لم او افك غدا فعلي مائة دينار ولم يقل
فعلي المائة التي لك عليه قال الشيخ الامام ابو منصور الماتريدي رحمه الله لما قال
علي مائة دينار ولم يصف الكفالة الى ما عليه يحتمل انه التزم ما لا ابتداء فيكون رشوة
ويحتمل انه اراد ما على الاصيل فلا يكون رشوة والمال لم يكن لازما فلا يلزم بالشك
فعلى هذا الوجه لا يصح الكفالة وان بين المدعى به **قوله** ولانه لم يصح الدعوى من غير
بيان قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله اذالم يدع ما لا مقدرا لم يستوجب احضاره
الى مجلس القاضي لفساد الدعوى فلم يصح الكفالة بالنفس فلم يصح الكفالة بالمال
لانه بناء عليه فعلى هذا اذا كان المدعى به معلوما وقت الدعوى يصح الكفالة وينصرف
الكفالة الى المال المدعى به **قوله** ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص
عند ابي حنيفة رحمه الله معناه لا يجبر عليها عنده وقال لا يجبر وفي الفوائد الظهيرية وليس
تفسير الجبر هنا الحبس لكن يا مرة بالملازمة وليس تفسير الملزمة المنع من الذهاب
لانه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه اينما دار كيلا يتغيب واذا انتهى
الى باب دارة واراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه
ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له في الدخول يجلسه في باب دارة ويمنعه من الدخول (و)

(كتاب الكفالة)

كما في التعزير) بخلاف الحدود والخاصة لله تعالى ولا يبي حبيفة روح قوله عم لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرج بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير* ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم **قال** ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة وهنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في كتاب ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة

وسيجي تفسير الملازمة في كتاب الحجج ان شاء الله تعالى هذا اذا كان حدا للعباد فيه حق كحد القذف وكحد السرقة على قول بعضهم واما الحدود والخاصة لله تعالى كحد الشرب والزنى وكحد السرقة على قول بعضهم فلا يجوز الكفالة فيها وان طابت نفسه اما قبل اقامة البينة فلان احدى الميقتضات عليه حضور مجلس الحكم فلم يكنل بحق واجب على الاصل وبعد اقامة البينة قبل التعديل يحبس وبالحبس يحصل الاستيثاق فلامعنى لاخذ الكفيل واما في حد القذف والسرقة فحضور المدعى عليه مجلس الحكم مستحق صيله بنفس الدعوى حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله كما في سائر الحقوق فاذا كفل عنه كفيل بالنفس جاز*

قوله كما في التعزير اي يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل في الشيء الذي يجب فيه التعزير فان التعزير محض حق العبد ويسقط باسقاطه ويثبت بالشهادة على الشهادة بخلاف فيه فيجبر على اعطاء الكفيل فيه كالاموال **قوله** ولو سمحت نفسه به اي ولو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في حد القذف يصح بالاجماع **قوله** ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل فان قيل قد قلتم يحبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاحتياط (في)

(كتاب الكفالة)

قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما **قال** ومن اخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثيق والثانية يزداد التوثيق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولاً اذا كان ديناً صحيحاً مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بالمالك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة

في الحبس اكثر من اخذ الكفيل قلنا الحبس ليس للاحتياط ولكن لتهمة الدعارة والفساد فيحبس تعزيراً له **قوله** لانه دين يطالب به الا ترى انه يطالب به ويلزم لاجله ويمنع وجوب الزكوة ويؤخذ من تركته في رواية بخلاف الزكوة لانه ليس بدين بل هو تملك مال مبتدأ حتى لا تؤخذ من تركته فلا يصح الكفالة به وان كان في الاموال الظاهرة ثم قوله دين يطالب به راجع الى الكفالة وقوله ممكن الاستيفاء راجع الى الرهن اي يطالب به فيصح الكفالة لان الكفالة تقتضي ديناً يطالب به ويمكن الاستيفاء فيصح الرهن لان الرهن توثيق لجانب الاستيفاء وانما ورد هذا لان الخراج في حكم الصلوات دون الديون المطلقة وجوبه لحق الشرع كالزكوة فكان ينبغي ان لا يصح الكفالة او الرهن به ولكن في حكم المطالبة بالايفاء والحبس فيه هو بمنزلة الديون فلهذا جوز الكفالة والرهن به والمراد به الخراج الموظف **قوله** لان موجبه التزام المطالبة ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد بالرد ولما كانت الكفالة لالتزام المطالبة لم يلزم من وجود الثاني انتفاء الاول لانه قابل للتعدد الا ترى انهما لو كفلا جميعاً معاً بنفسه جاز فكذا اذا كفلا على التعاقب ثم لو سلم احدا الكفيلين بنفس الاصيل برئ هودون صاحبه وليس هذا كالدين لو كفل به رجل ثم كفل به آخر فقضاء احدهما يبرئ ان وفي التقارب والكفلاء الثلاثة في العقد الواحد ايهم سلم الاصيل كان تسليمهم **وقال** ابن ابي ليلى اذا كفل الثاني برئ الكفيل الاول وهذا بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب **قوله** اذا كان ديناً صحيحاً اي الدين الذي لا يسقط (الا)

(كتاب الكفالة)

وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صححت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون ديناً صحيحاً ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسبائك (في موضعه) ان شاء الله **قال** والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبار للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة * ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين احدا لغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التملك فوضح الفرق

الا بالاداء او الابرء بخلاف دين الكتابة فانه دين ضعيف لانه يثبت مع المنافي وهو الرق لهذا يستبد المكاتب باسقاط بدل الكتابة بتعجيز نفسه *

قوله وعلى الكفالة بالدرك اجماع مثل ان يقول للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق المبيع احد واصل المحقوق في الدرك وقد رما يلحقه من الدرك مجهول **قوله** وصار كما اذا كفل بشجة بان قال كفلت بما اصابك في هذه الشجة التي شجك فلان وهي خطأ يصح بلغت النفس او لم تبلغ ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول لانه لا يدري قد رما يبقى من اثر الشجة وهل يسري الى النفس او لا يسري وان كانت صمد افعلى تقدير السراية يجب القصاص اي شجة كانت اذا شجها بالة جارحة ولا يصح الكفالة في القصاص **قوله** بخلاف المالك اذا اختار تضمين احدا لغاصبين اي بالقضاء او الرضاء لانه اذا ضمن احدهما بالرضاء او بالقضاء فقد ملك المغموب منه فلا يملك رجوعه وتملكه من الآخر والمطالبة بالكفالة لا يتضمن التملك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه من احدهما صار المضمون وهو الدين ملكا له فلا يكون له مطالبة الآخر وفي الغصب اذا اختار تضمين احدهما بالارضاء وقضاء له تضمين الآخر ايضا *

(قوله)

(كتاب الكفالة)

قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملايم لها مثل ان يكون شرط الوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او الامكان الاستيفاء مثل قوله

قوله مثل ان يقول ما بايعت فلانا واما قيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما لان جهالة تمنع صحة الكفالة حتى لو قال ما بايعت احدا من الناس فانا لذك ضامن لا يجوز لان المكفول عنه مجهول وكذا المكفول به فتباحشت الجهالة وفي الايضاح ولو قال من قتلك من الناس او غصبك من الناس او ما بايعت من الناس فانا لذك ضامن فهو باطل **قوله** والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فالآية تدل على ان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة اذ حمل البعير مجهول وعلى ان تعليق الكفالة بالشروط جائز حيث علق الكفالة بشرط المجيء بالصواع وشريعة من قبلنا تلزمنا اذا قص الله ورسوله بلا انكار فان قيل الكفيل من يكون ضامنا عن الغير وهذا القائل كان ضامنا عن نفسه لانه كان مستأجرا والمستأجر ضامن للاجر سواء كان اصيلا او وكيلا واذا كان ضامنا للاجرة بحكم العقد لم يتصور ان يكون كفيلا عن غيره فكان معنى قوله وانا به زعيم انا ضامن للاجر بحكم الاجارة لا بحكم الكفالة قلنا الزعيم الكفيل وامكن حمل الآية على الكفالة بان قال المنادي للعبير ان الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير وانا كفيل بذلك فيكون كفالة عن الملك لا عن نفسه لان المنادي كان رسولا من جهة الملك والرسول بلا استيجار يصلح ان يكون كفيلا بالاجر عن المرسل فان قيل قد ظهر انتساخه لان الكفالة لا تصح لمجهول اجماعا والمكفول له مجهول هنا قلنا فيه امران جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة الى سبب وجوب المال فانتساخ الاول لا يدل على انتساخ الثاني والاجماع منعقد على صحة الكفالة بالدرك وهي مضافة الى سبب الوجوب بالاستحقاق * (قوله)

(كتاب الكفالة)

اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقيها بالشرط لا يبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعتاق * فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالغ عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فتحقق ما عليه وصح الضمان به * وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في متدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة * فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه * ويصدق في حق نفسه لو لايته عليها **قال** وتجاوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لا طلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به *

قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه وانما قيد بقوله وهو مكفول عند لانه اذا علق الكفالة بقدم اجنبي ليس بمكفول عنه لا يصح لان قدوم الاجنبي ليس بميسر تسليم ما التزمه فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار ومعنى قولنا باطل ان الشرط باطل فاما الكفالة فصحيحة اذا الكفالة لا تبطل بالشرط الفاسدة كالنكاح وغيره **قوله** وكذا اذا جعل واحدا منهما اي من هبوب الريح ومجيئ المطر اجلا بان قال تكفلت الى ان يمطر السماء او تهب الريح الا انه تصح الكفالة اي فيما اذا جعل واحدا منهما شرطا او اجلا تصح الكفالة ويجب المال حالا لان ما جاز تعليقه بالشرط لا يبطله الشرط الفاسدة كالطلاق والعتاق ولانه في الحال تملك مطالبة بلا عوض ولو كان تملك مال من غير عوض كالهبة بالشرط لا يفسد فهنا **اولى قوله** لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير فان قيل يشكل على هذا ما اذا قال رجل لرجل ما ذاب لك على فلان فهو علي ورضي بذلك الطالب فقال المطلوب لك على الف درهم وقال الطالب لي عليك الفان (وقال)

(كتاب الكفالة)

فان كفل بامرء رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامرء * وان كفل بغير امرء لم يرجع بما يؤدى لانه متبرع بأدائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملك المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل

وقال الكفيل مالک عليه شيء فالقول قول المطلوب وقد نزم هناك على الكفيل ما اقرب به المكفول عنه مع انه لا ولاية له عليه ومع ان قوله ليس بحجة على الكفيل قلنا قال شمس الأئمة السرخسي رح ليس هو الزام على الكفيل بقول المطلوب بل هو اجاب المال على الكفيل بكفالته لانه ما قيد الكفالة بالذوب مع علمه ان الذوب قد يحصل عليه باقراره فتد صار ملتزم ما ذاك بكفالته *

قوله فان كفل بامرء رجع بما ادى هذا اذا كان الامرء هو المكفول عنه ممن يجوز اقراره على نفسه بالديون حتى ان المكفول عنه اذا كان صبيا محجورا او امرء جلابان يكفل عنه فكفل وادى لا يرجع على الصبي اصلا وكذا العبد المحجور اذا امر رجلا بان يكفل فكفل عنه فادى لا يرجع عليه الا بعد العتق واذا كفل عن الصبي الماذون بامرء وادى كان له ان يرجع بذلك عليه **قوله** اما اذا ادى خلانه بان كفل عن رجل بدراهم جبار واعطى الطالب زيو فارجع بمثل ما ضمنه على الاصيل لانه ملك الدين بالاداء كما اذا ملك بالهبة بان وهب المكفول له ما على المطلوب الكفيل وهبة الدين لغير من عليه الدين يصح اذا سلطه عليه في الجملة او يجعل ذلك نقلا للدين منه مقتضى الهبة له فيصير هبة الدين لمن عليه الدين وهو ممكن لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة رب الدين عليه فيثبت ذلك مقتضى تصرفهما او بالارث بان مات الطالب فورته منه وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الاسباب وذلك بان احال على انسان ولم يكن على (المحتال)

(كتاب الكفالة)

قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل
الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية
قال فان لوزم بالمال كان له ان يلزم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس
كان له ان يحبس لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثلته * واذا ابرأ الطالب
المكفول عنه واستوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل

المحتال عليه دين فادى المحتال عليه دنانيرا وعروضاً من الدراهم الدين او وهب
له المحتال له الدين او تصدق عليه او ورث منه فانه يرجع في ذلك كله على المحيل بالدين
لانه ملك ما في ذمته بهذه الاسباب فيرجع على المحيل بما قبله منه بخلاف الما مور باداء
الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضاً فيرجع
بما ادى اذا كان المودى مثل الما مور بادائه او دونه حتى ان من امره بقضاء دينه وهو
جبار فادى زيوفاً فتجوز لها من له الدراهم يرجع الما مور بالزيوف على الامر ولو امره
بقضاء دينه وهو زيوف فادى الجبار رجوع بالزيوف ايضا لان الرجوع هناك بحكم الامر
بالاداء فلا بد من اعتبار الامر وهو الاداء ففي الفصل الثاني لم يوجد الامر في حق الزيادة
وفي الفصل الاول وان وجد الامر لم يوجد الاداء كذا في الذخيرة وبخلاف ما اذا صالح
الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة اي هناك يرجع على المكفول عنه بما ادى
وهو خمسمائة درهم لا بما ضمن وهو الف درهم لان الصلح على اقل من جنس حقه ابراء
الكفيل فيه وبراء بدل الصلح والابراء استقاط فلا يرجع بالساقط بخلاف الهبة وانما قيد بقوله
على خمسمائة درهم احترازاً عما لو صالح على جنس آخر من الدنانير او العروض في ذلك
يرجع على المكفول عنه بجميع الالف التي كفل على ما يجي بعدهذا ان شاء الله تعالى *

قوله وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه فرق بين هذا وبين الوكيل
بالشراء فان لدان يطالب الموكل بالثمن قبل ان يؤدي والوجه فيه ان الكفيل ملتزم للمطالبة (و)

(كتاب الكفالة)

لان الدين عليه في الصحيح * وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز * كذا اذا اخرا الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن الكفيل * ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لاحق له الا الدين حال وجود الكفالة فصرا لا اجل داخل فيه اما هنا فبخلافه

وانما يملك الدين بالاداء وقبل الاداء لا ملك له فلا يرجع عليه فاما في باب الشراء فالوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري حتى لو اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان والوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن فكان الوكيل بالشراء بمنزلة البائع فصا ركان الوكيل اشترى شيئا وقبضه ولم يدفع الثمن وباع من غيره فللمشتري الاول ان يطالب الثمن من المشتري الثاني قبل ان ينقد هو الثمن الى البائع الاول *

قوله لان الدين عليه في الصحيح احتراز عما قال بعضهم بوجود اصل الدين في ذمة الكفيل **قوله** لان عليه المطالبة اي على الكفيل المطالبة دون الدين عندنا وهي تابعة للدين فكان من ضرورة سقوط الدين سقوط المطالبة اذ المطالبة بالدين ولادين بحال فلزم من ابراء الاصيل ابراء الكفيل وليس من ضرورة سقوط المطالبة وهي فرع الدين سقوط الاصل وهو الدين والا يلزم جعل التبغ اصلا والاصل تبعاعلم يلزم من ابراء الكفيل ابراء الاصيل **قوله** وكذا اذا اخرا الى قوله لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد اي فيما بين الاصيل والكفيل فاما الابراء الموقت والمؤبد يفترقان في حق الكفيل فان الابراء المؤبد للكفيل لا يترد برده واما الابراء الموقت يترد برده ويكون الدين عليه حالا لان الابراء المؤبد اسقاط في حقه والاسقاط لا يترد بالرد واما الابراء الموقت فهو تاخير المطالبة وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل الابطال بخلاف الاسقاط المحض **قوله** واما هنا فبخلافه لان تأخير الكفيل بعد ما كفل حالا تأخير المطالبة عن الكفيل (اذا لم يلزم)

(كتاب الكفالة)

فإن صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الي الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئ جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة *

قال ومن قال لكفيل ضمن له ما لا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه بمعناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداء هلمن المطلوب وانتهاءها الي الطالب لا يكون الا بالايذاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع * وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة فلا تنتهي الي غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايذاء ولو قال برئت قال محمد ربح هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء

اذا الملتزم بالكفالة المطالبة فكان تاخير الملتزم فلا يثبت التأخير في حق الدين لان الدين لم يذكر في معرض التأجيل واما في هذه المسئلة ذكر الدين في معرض التأجيل اوجب المطالبة عليه ابتداء موجلة ولن يكون عليه موجلا ابتداء الا بعد ثبوت التأجيل في حق الاصيل لان حاله وجود الكفالة لا حق يقبل الاجل الا الدين فبأجل في حقهما *

قوله فإن صالح الكفيل رب المال من الالف على خمسمائة الي آخره المسئلة على اربعة اوجه ان شرط ابراء تهما في الصلح برئ جميعا عن خمسمائة وان شرط ابراء المطلوب فكذلك يبرأ ان جميعا وان شرط ابراء الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير وان لم يشترط في الصلح براءة واحد منهما بان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على هذا وهي مسئلة الكتاب برئ جميعا لان اضافة الصلح الي الالف اضافة الي ما على الاصيل فوجب براءة ته فبرأ الكفيل ضرورة ويرجع (الكفيل)

(كتاب الكفالة)

ثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف ر ح هو مثل الاول لانه اقر براءة ابتداءها من المطلوب واليه الايفاء دون البراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل *

قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد ابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا يصح الكفالة به كالحدد والقصاص معناه بنفس المحدد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا

الكفيل على الاصيل بخمس مائة ان كانت الكفالة بامره لانه اوفى هذا القدر بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحا عما استوجب بالكفالة ما وجب بالكفالة وهي المطالبة بصورته ما ذكر في المبسوط انه لو صالح على مائة درهم على ان يبرأ الكفيل حاصلة من الباقي يرجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسحا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين *

قوله فيثبت الادنى وهو براءة الكفيل بدون الايفاء وذلك لان قوله برئت يحتل البراءة بالقبض ويحتل البراءة بالابراء فقد تيقنا بحصول البراءة باي امر كان وشككنا في الاداء فلا يثبت بالشك وفرق محمد ر ح بين هذا وبين ما اذا كتب الطالب صكا وذكر فيه برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه يكون اقرارا بالقبض عندهم جميعا والفرق هو ان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت البراءة بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة به اقرارا بالقبض عرفا **قوله** لما فيه من معنى التملك وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لان فيها تملك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتملكات لا تقبل التعليق بالشرط (قوله)

(كتاب الكفالة)

لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذ تكفل من المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالا عيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالا عيان المضمونة بنفسها كالمبيع يباعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء او المعصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة *

قوله لان العقوبة لا تجري فيها النيابة لانه لا يحصل المقصود بها وهو الزجر **قوله** وان تكفل عن البائع بالمبيع على معنى انه لو هلك فعلى بدله لم يصح **قوله** لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن وهذا لانه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع لا يجب على البائع شيء وانما يستقط حقه في الثمن واذ كان المبيع مضمونا على البائع بسقوط حقه في الثمن لا بنفسه لا يمكن تحقيق معنى الكفالة اذ هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة ولا يتحقق الضم بين المختلفين فان ما ثبت على الاصيل وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن اثباته في حق الكفيل وما يمكن اثباته على الكفيل من كونه مضمونا عليه بالقيمة لا يمكن اثباته على الاصيل بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصح لتحقيق معنى الضم فيها ونظير الكفالة بالمبيع الكفالة بيد الكتابة حيث لا يمكن الايجاب على الكفيل بمثل ماوجب على الاصيل وفي التحفة الكفالة بامانة غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح اصلا والكفالة بامانة واجب التسليم كالعارية والعين المضمونة بغيره كالمبيع والمرهون تصح الكفالة بتسليم العين ومتى هلك لا يجب شيء وفي الايضاح واما العارية فعينها غير مضمونة وتسليمها مضمون فان ضمن التسليم جاز وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ **قوله** خلافا للشافعي رح لكن بالا عيان المضمونة بنفسها اي بقيمتها قال الشافعي رح لا يصح الكفالة بالا عيان المضمونة بنفسها والكلام فيه راجع الى الاصل الذي ذكرنا ان عند الخصم موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محل الكفالة الديون (لا)

(كتاب الكفالة)

ولو كفّل بتسليم المبيع قبل القبل أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستاجر إلى المستأجر جاز لأنه التزم فعلاً واجباً ومن استأجر دابة للحمل عليها فإن كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل لأنه عاجز عنه وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا **قال** ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ربح يجوز إذا بلغه جازاً لم يشترط في بعض النسخ الإجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعاً أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في النضولي في النكاح وإلها إن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيتوهم بهما جميعاً والموجود شطراً فلا يتوقف على ما وراء المجلس

لا إلا عيان ولأن من شرط صحة الكفالة أن يكون الكفيل قادراً على الإيفاء من عنده وهذا متصور في الديون ونحن نقول بأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في التزام ما كان مضموناً على الأصل ورد العين مضمون على الأصل فصح الالتزام من الكفيل * **قوله** ولو كفّل بتسليم المبيع قبل القبض أي بعد دفع الثمن إلى البائع أو بتسليم الرهن بعد القبض أي كفّل بتسليم الرهن عن المرتهن إلى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين وفي الذخيرة والكفالة عن المرتهن للراهن لا يصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى يقضي الدين وفي الإيضاح وإن كفّل كفيل بتسليم الرهن إلى الراهن جاز لأنه مستحق على المرتهن رده إذا قضى الدين فإن هلك سقط الضمان **قوله** فهو باطل لما بينا إشارة إلى قوله لأنه عاجز عنه لأنه لا ولاية له في الحمل على دابة غيره **قوله** ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة أي في بعض نسخ كفالة المبسوط لأنه ذكر هذه المسئلة في الباب الأول من كفالة المبسوط وقال بعد ما ذكر قولهما وهو قول أبي يوسف ربح الأول ثم رجع وقال هو جائز وإن لم يكن الطالب حاضراً ثم قال في موضع آخر من هذا الكتاب هو موقوف (عند)

(كتاب الكفالة)

الافى مسئلة واحدة وهى ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما على من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريفا لذمته وفيه نفع الطالب فصاركما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ

عند ابي يوسف رح وفي قوله الآخر حتى اذا بلغ الطالب فقبله جاز كذا في النهاية وذكر العلامة النسفي في الكافي اختلفوا على قوله فقيل عنده تصح بوصف التوقف حتى لو رضى به الطالب ينفذ والا تبطل وقيل جائز عنده بوصف النفاذ ورضى الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح لانه تصرف التزام من الكفيل ولا التزام فيه على الغير فيتم بالملتزم وحده كالاقرار ولهذا تصح مع الجهالة ومن جعل الخلاف في التوقف جعله فرعا للفضولي في النكاح اذا تزوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عنده على اجازتها فيما وراء المجلس كانه جعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا عقدا تاما لكنه تصرف للغير فيتوقف على رضاه وعندهما لا يتوقف لانه شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس لانه عقد تملك على معنى ان المطالبة لم يكن مملوكة له وملكها بعقد الكفالة والتملك بالشرطين فكان كلام الواحد شرط العقد وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس *

قوله الافى مسئلة واحدة استثناء من قوله الا بقبول المكفول له في مجلس العقد اي تصح الكفالة بدون قبول المكفول له عندهما لكن هو جواب الاستحسان واما في جواب القياس فلا يجوز على قولهما في هذه المسئلة ايضا لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذا لورثته او لغيرهم لم يصح اذ ضمنوه فكذلك هنا **قوله** لان ذلك وصية في الحقيقة اي فيه معنى الوصية ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولا الدين ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال لان يكون ذلك وصية من كل وجه لانه لو كان ذلك وصية لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض وجه الاستحسان ان حق الورثة (والغرماء)

(كتاب الكفالة)

ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهر في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح *
ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشائخ فيه *

قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح
عندني حنيقة رحمها الله وقالوا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب

والغرماء متعلق بتركته بمرضه على ان يتم ذلك بموته ويتوجه المطالبة على الورثة بقضاء
ديونهم من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب لورثته مقام الطالب او نائبه لانه يتصد
به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته او يقال انه اي المريض قام
مقام الطالب لحاجته الى ان يقوم مقام الطالب في تفرغ ذمته وفيه نفع الطالب ايضا
وهو وصول حقه اليه فصار كما اذا حضر الطالب وقال للوارث تكفل عن ابيك لي *

قوله ولا يشترط القبول اي قبول المريض لانه يراد به التحقيق دون المساومة وهذا جواب
سؤال مقدروه وان يقال لما قام المريض مقام الطالب ينبغي ان يكون قبول المريض
شرطاً كما يشترط قبول الطالب في مثل هذا لما ان الكفالة لا تصح بدون قبول المكفول له
كما لو قال المشتري لرجل بعني فقال البائع بعث لم يتم البيع حتى يقول المشتري اشتريت
ولا يقوم قوله بعني مكان قوله اشتريت فاجاب ان الظاهر من حال المريض ان يريد بهذا التحقيق
دون المساومة فكان قوله تكفل بمنزلة قوله قبلت الكفالة فكان هذا نظير قول الرجل لامرأة
زوجيني نفك فقالت المرأة زوجت كان هذا بمنزلة قولهما زوجت وقبلت **قوله** ولو قال
المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي دينه اختلف المشائخ رح فيه قال بعضهم لا يصح هذا الضمان
لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء
وقال بعضهم يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى الدين
بامره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائماً مقام الطالب لتضييق
الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ به بالقياس (قوله)

(كتاب الكفالة)

ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل **وله** انه كفيل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه فقلت عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة

قوله ولم يوجد المسقط وهذا لان الدين كان واجبا عليه في حيوته فلا يسقط الا بالايفاء او بالابراء او بالنفاسخ سبب الوجوب وبالموت لم يتحقق شيء من ذلك فلهذا يؤخذ به في الآخرة ولو تبرع انسان بقضائه جاز التبرع عن الميت ولو برئ لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع ولو كان بالدين كفيل بقي على كفالته ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل لان سقوط الدين عن الاصيل يوجب براءة الكفيل **قوله** في حق احكام الآخرة اي في حق الائم **قوله** كفيل بدين ساقط لان الدين هو الفعل يعني ان شرط الكفالة بدين قيامه في ذمة الاصيل والدين ههنا غير ثابت وهذا لان الدين عبارة عن فعل واجب في الذمة اعني فعل تملك المال او تسليمه الا ترى انه يوصف بالوجوب يقال دين واجب والوجوب صفة الافعال دون الاعيان اذ الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل الذي يقتضي استحقاق الذم والائم على الاخلال به وهذا انما يتصور في الافعال دون الاعيان لان الاعيان لا تدخل تحت قدرة العباد فلا يتصور الاخلال بتحصيلها منهم ولا فعل ههنا يوصف بالوجوب سوى ايذاء المال او تملكه واذا ثبت ان الدين عبارة عن الفعل **وله** انه يفتقر الى القدرة لان وجوبه بدونها تكليف العاجز ولا قدرة هنا ما بنفسه فظاهروا كذا بخلفه لانه لم يبق عنه كفيل والوارث لا يؤمر بقضاء الدين عند موت المورث مفلسا فكان عاجزا اصلا فيسقط الدين ولا يقال لو كان الدين هو الفعل لما صح قولنا وفي الدين لان معناه ح او في الايفاء لانا نقول المراد به انه اتى بهذا الفعل وهو تملك المال او تسليمه فان قيل المال يوصف بالوجوب ايضا يقال على فلان الف درهم ثمن بيع او ضمان استهلاك قلنا يوصف به مجازا باعتبار انه محل الواجب كالموهوب يسمى هبة فان قيل الدين يورث وينعقد نصا بالزكاة ويجوز (ا)

(كتاب الكفالة)

والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل اوله مال فخلفه والافضاء الى الاداء باق *
قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامر ففضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال
فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز
المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي

الشراء به وهبته ممن عليه وهذه احكام الاموال دون الافعال وكذا المسلم فيه دين في الذمة
والمسلم يكون في الاموال دون الافعال والدين المؤجل واجب وكذا الدين على المقضي عليه
بالافلاس والعبد المحجور وان لم يجب الفعل فيكون الدين عبارة عن المال المقدر في الذمة
حكما فلا يسقط بالموت كالمال الحقيقي الموضوع في البيت قلنا الدين عبارة عن الفعل
الا ان الشرع اجري عليه حكم الاموال من انعقاده نصا وبالارث وجواز الشراء به لكونه
وسيلة الى المال وللشرع هذه الولاية وكذا المسلم فيه فعل له حكم الاموال وهذا يكفي
لجواز السلم فيه واما المقضي عليه بالافلاس واختاه قلنا الفعل واجب على ما هو حقيقة
الوجوب لما ذكرنا ان الوجوب عبارة عن كون الفعل بحالة تقتضي تلك الحالة استحقاق
العقاب على تركه والا خلال به واذا ثبتت هذه الحالة للفعل ولم يكن ثمة عذر مانع
عن استحقاق العقاب على الترك والا خلال به ثبت اصل الوجوب واثرة وهو التكليف
بالاداء لا محالة وان كان ثمة مانع من استحقاق العقاب ثبت اصل الوجوب وتقاعد عنه
اثرة وهو التكليف بالاداء والامر به *

قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين اي في حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه في حق الكفيل
فلهذا لو اقر رجل ان لفلان على فلان كذا وانا كفيل بذلك المال تصح الكفالة وعليه
اداء الدين **قوله** فخلفه والافضاء الى الاداء اي اذا كان به كفيل فخلفه باق واذا كان له
مال فما يفضي الى الاداء باق لانه يستوفى من المال فيجعل باقيا في حق احكام الدنيا واذا تبرع
به غيره صح لان صحة تمليك المال لا يتعلق بوجود الدين على ان صحة التبرع بناء (على)

(كتاب الكفالة)

ولانه ملكه بالقبض على ما ذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده * وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للمطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا الوابر الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه بملكه

على ان الدين باق في حق صاحب الدين لان سقوطه عن المديون للضرورة فيتقدر بقدره فيظهر في حق من عليه دون من له *

قوله كمن عجل زكوته الى الساعي وكمن اشترى شيئاً بشرط الخيار ثم نقد الثمن قبل مضي الخيار ثم اراد ان يسترد قبل نقض البيع لا يملك ذلك لان الدفع كان لغرض وهوان يصير زكوة وثمنا عند مضي الحول وسقوط الخيار فما بقي ذلك الاحتمال ليس له ان يسترده **قوله** ولانه ملكه بالقبض على ما ذكر به وهو ما ذكر بعد هذا بخطين بقوله اما اذا قضى الدين فظاهر الى آخره هذا اذا دفع المطلوب المال الى الكفيل على وجه القضاء بان قال له اني لا آمن ان ياخذ منك الطالب حقه فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال المطلوب للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المودى ملكاً للكفيل بل هو امانة في يده لكن لا يكون للمطالب ان يسترده من الكفيل لانه تعلق بالمودى حق الطالب والمطلوب بالاسترداد يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه كذا في الكافي لكن ذكر في كتاب الكفالة من الكيزي قال الحسن بن زياد رح وقال ابو الليث رح هذا اذا دفعه الى الكفيل على وجه القضاء اما اذا دفعه على وجه الرسالة فله الاسترداد وقال نجم الاثمة المكي رح واليه وقعت الاشارة في باب الكفالة بالمال من الاصل فانه مال الكفيل يكون اميناً **قوله** فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا قلنا ان للمكفول عنه اذا رهن مينا عند الكفيل بذلك الدين يصح ولا رهن الا بالدين ولو ابرأ (١)

(كتاب الكفالة)

الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع * ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بيناه انه ملكه قال واجب الي ان يردده على الذي قضاة الكرو لا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رح في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رح هوله ولا يردده على الذي قضاة وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاة بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية ويردده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لاحتمل ان الحق له *

قال ومن كفّل عن رجل بالى عليه بامرة فامره الاصيل ان يتعين عليه تحرير انفعّل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة

الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه له يصح حتى لا يرجع على الاصيل بعد الاداء * **قوله** الا ان فيه نوع خبث اي على قول ابي حنيفة رح ونبينه وهو قوله في تعليل قول ابي حنيفة رح وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد الى آخره **قوله** لكنه استحباب لانه لو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يؤمر بالتصدق والرد لا ايجابا ولا استحبابا ولو انعدم الملك اصلا كان الربح خبيثا فان كان صحيحا من وجه فاسدا من وجه امزناه بالتصدق او بالرد على المالك استحبابا لا ايجابا توخي را على الشبهين حظهما فاذا رده الى المالك ان كان فقيرا طاب وان كان غنيا فقبه روايتان والا شبه انه يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه واما اذا اعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الوكيل وربح لم يطب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد رح والله وطاب له عند ابي يوسف رح لما عرف **قوله** ومعناه الامر ببيع العينة اي النسبة والعينة السلف ويقال باعه بعينة اي نسبة كذا في المغرب (١)

(كتاب الكفالة)

مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبته في نيل الزيادة لبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح اى الزيادة عليه لانه العاقد * **قال** ر. من كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام الجدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينت لان المكفول به مال متضي به وهذا في انظمة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء

اي معنى قوله يتعين عليه حريراً اشتري حريراً بعينه ثم بعد بالتد باقل منه واقض ديني * **قوله** مثل ان يستقرض من تاجر عشرة هذه صورة بيع العينة فيقول له ابيعك هذا الثوب وقيمه عشرة باثنى عشر لتبيعه في السوق بعشرة فيحصل لي ربح درهمين وفيه صورة اخرى وهو ان يجعل المستقرض والمقرض بينهما ثالثاً في هذه الصورة فيبيع صاحب الثوب الثوب باثنى عشر من المستقرض ثم المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويدفعها الى المستقرض فيندفع حاجته وانما خلا بينهما ثالثاً تحرزاً عن شري ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ويبيع العينة مكروه ذميم اخترعه آكله الربوا وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين وتبعتم اذ ناب البقرن للتم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياك والعينة فانها لعينة ثم قيل هو ضمان لما يخسر المشتري نظراً الى قوله علي ومعنى الضمان هنا ان يقول المديون للضامن اشتري ثوباً لتبيعه في السوق فتقضي بثمانه الدين فان امكنك ان تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فيها ونعمت وان لم يمكن لك الا بالخسران فذلك علي غير ان هذا الضمان باطل لان الضمان (انما)

(كتاب الكفالة)

او مال يقضى به وهذا ما مضى اريد به المستأنف كقوله اطل الله بقاءك والد عوى مطلق
عن ذلك فلا يصح * ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره
فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امرة
يقضى على الكفيل خاصة وانما يقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم

انما يصح بما هو مضمون على غيره وخسران درهمين غير مضمون على احد فيبطل ضمانه
كمن يقول لا خرباع في هذا السوق على ان كل وضبعة وخسران يصيبك فاناله ضامن
وقيل هو توكيل لانه اخرج الكلام مخرج الوكالة ولهذا ذكر في بعض النسخ تعين لي حريرا
مكان علي لكن التوكيل لا يصح للجهالة اذ الم يبين نوع التحرير ولا مقدار الثمن لان بيع العينة
لا يتحقق الا بازيد من قيمة السلعة وتلك الزيادة مجهولة وان كان الدين معلوما وقد رالدين
مع تلك الزيادة ثمن السلعة فيكون الثمن مجهولا *

قوله او مال يقضى به معطوف على قوله مال متقضي به **قوله** وهذا ما مضى اي قوله
بما ذاب له او قضى له ما مضى اريد به المستقبل كقوله اطل الله بقاءك اي المكفول به
مال يقضى به له على الاصيل بعد الكفالة والمدعي في دعواه ان له على المكفول
عنه الف درهم لم يتعرض ان القاضي يقضى به بعد الكفالة وليس من ضرورة كون الالف
على الاصيل ان يكون ذاب عليه ولزمه بعد الكفالة ولهذا اقر الكفيل على الاصيل
بمال الطالب لا يلزمه الا اذا حضر الاصيل وقضى عليه فمح يلزم الكفيل وقبل ذلك كانت
على الغائب والبينة على الغائب لا تقبل حتى لو قال الطالب اني قدمت المط بعد الكفالة
الى فلان القاضي واقمت البينة عليه بالالف وقضى لي بذلك عليه فصرت كنفيل بذلك
صحت الدعوى حتى لو انكر الكفيل فاقام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضي
على الكفيل وانما ثبت بالالف لانه ثبت الوصف حتى لو اقر لزوم **قوله** وانما تقبل
اي البينة من المدعي في هذه المسئلة وهي ما اذا اقام البينة ان له على (فلان)

(كتاب الكفالة)

وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامرته يرجع الكفيل بما ادعى على الامر وقال زفر ربح لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره

فلان كذا وان هذا كقيل عنه بامرته لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وهو ما اذا كفل عن رجل بما ذاب له او بما قضى له فكان المكفول به مالا موصونا بكونه مقضيا به على المكفول عنه بعد الكفالة فماله يجب المال على المكفول عنه بتلك الصفة لا يجب على الكفيل ثكان دعوى المدعي هناك غير متعرض لهذا المال الموصوف على المكفول عنه فلذلك لم تقبل واما ههنا ادعى المدعي على الكفيل الكفالة بمال مطلق اي غير موصوف بانه قضى به على المكفول عنه واقام البينة على وفق دعواه فلذلك يقضى به على الكفيل **قوله** وانما يختلف بالامر وعدمه اي فيما اذا كان بالامر يقضى به على الاصيل ايضا وفيما اذا كان بغير امره يقضى به على الكفيل خاصة لان الكفالة بامرته تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع محض اذ لا رجوع فيه فاذا ادعى بامر لم يصح القضاء بغير امر وذلك غير مشهود به ومن ضرورة القضاء بالامر التعدي الى الغائب والا لا يكون معاوضة ولان امر الاصيل الكفيل بالكفالة اقرار منه بالمال فيصير مقضيا عليه ضرورة واذا كانت الكفالة بغير امر فليس من ضرورة صحتها التعدي الى الغائب لانها لا تمس جانب المكفول عنه لان صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل ولو قال تكفلت لي عن فلان بكل مالي عليه وانه كان لي عليه الف درهم وبرهن على المال والكفالة قضى عليه وعلى الغائب ادعى الامر اولا الا اذا كان بامر يرجع والا لا والفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان لي على فلان كذا وهذا كقيل عنه واقام البينة قضى على الكفيل (خاصة)

(كتاب الكفالة)

ونحن نقول صار مكذباً بشر ما بطل ما في زعمه *

خاصة ان قوله كفلت عن فلان بالف درهم لك عليه اقرار بوجوبه عليه من جهة الكفيل
وذا كاف لصحته فلا يحتاج الى القضاء على الاصيل واما قوله كفلت لك بكل مال لك
عليه فليس باقرار منه لوجوب شيء عليه لانه لم يقدره الا ترى انه لو كفل هكذا ثم انكر
المال على الاصيل كان القول له فصارت قديرة بكل مال لك عليه ان كان لك عليه شيء
واذا صار معلقا صار القضاء بالمال على الاصيل شرطاً لوجوب المال على الكفيل فصار
القضاء على الكفيل مقتضياً لشرطه ولان في الكفالة المبهمة لما لم يمكن اثبات شيء على الكفيل
الا باثباته على الاصيل انتصب الحاضر خصماً عنه وامكن اثبات المال على الكفيل
فيما اذا كان الكفالة بمال مقدراً فاقصر على الكفيل قال مشائخنا رح وهذا طريق من اراد
اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون بين الكفيل وبين الغائب اتصال وكذا كل
من ادعى على آخر حقا لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصماً عن الغائب
الا ترى ان من قذف رجلاً وادعى المقدوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام
المقدوف عليه البينة انه كان عبداً فلان وقد اعنته قضي بعنته لانه ادعى لنفسه حقا لا يتوصل اليه
اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصماً عن الغائب فصار القضاء عليه قضاء على الغائب *

قوله ونحن نقول صار مكذباً بشر ما هذا كمن اشترى شيئاً واقران البائع باع ملك نفسه
ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن لانه صار مكذباً
شرعاً والفرق لمحمد رح بين هذا وبين ما اذا اشترى عبداً ثم باعه ورد عليه بعيب بالبينة
بعد ما انكر العيب واراد ان يرد على بائعه لم يكن له ذلك مع ان القاضي لما قضى
عليه بالرد بالعيب فقد كذبه في زعمه وهو ان قوله لا عيب فيه نفى العيب في الحال والماضي
والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند
البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني *

(قوله)

(كتاب الكفالة)

قال ومن باع دار او كفل رجل منه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتما مه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغب المشتري فيه اذا لا يرغب فيه بدون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع * ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا فاذا هو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين *

قوله وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم ضمان الدرك عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع ومعنى قوله فهو تسليم تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع حتى لا يسمع دعواه الدار لنفسه بعد ذلك لان الكفالة اذا شرطت في البيع يتوقف جواز البيع على قبول الكفيل في المجلس فاذا قبل في المجلس حتى انبرم البيع كان الكفيل بهذه الدعوى ما عا في نقض ما اوجبه ومن سعى في نقض ما اوجبه من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا **قوله** ولو شهد وختم اي كتب شهادته في صك الشري وختم على ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان الدار له يسمع دعواه ولا يكون كتابة الشهادة على الصك وختمه تسليما واقرارا بان المبيع ملك البائع لان البيع كما يوجد من البائع يوجد من غيره ولذا ان يقول انما كتبت شهادتي لاحفظ الحادثة اولا تأمل ان في هذا العقد ضررا فاردة او نفعانا جيزة والشهادة لا تكون مشروطة في البيع ايضا بخلاف الكفالة حتى لو شهد بالبيع عند القاضي وقضى بشهادته او لم يقض حتى ادعى بعده لا يسمع دعواه لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار بصحة البيع باتفاق الروايات لان العاقل يقصد بقوله الصحة والجواز فيصير دعوى المالك لنفسه بعد ذلك تناقضا والتناقض يمنع صحة الدعوى وما كتابة الشهادة في الصك لا يتعلق بها حكم من الاحكام بل هي مجرد اخبار بالبيع ولو اخبر ان (فلانا)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

* فصل في الضمان *

قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع (رب المال) فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما اضمنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير اضمنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك

فلانا باع هذا العبد ثم ادعاه بعده لنفسه يصح دعواه قال مشائخنا رحمهم الله الجواب المذكور في كتابة الشهادة محمول على ما اذا كتب شهد فلان البيع والشراء او كتب جرى البيع بمشهدى او كتب اقرا بالبيع والشراء عندي اما اذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان في صك البيع باع فلان كذا او هو يملكه او باع بيعا باثنا فاذا هو كتب شهد بذلك فلا يصح دعواه بعد ذلك ومتى كان في الصك باع فلان كذا او اقترانه باع ملكه والشاهد كتب شهد بذلك تصح دعواه وقوله وختم اشارة الى عرف زمانهم فان الرجل اذا كتب شهادته في صك الشراء يختم في آخره حتى يكون ذلك علامة الكتابة وصيانة عن التغيير والتبديل ولم يبق ذلك العرف في زماننا والحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم ام لا *

* فصل في الضمان *

قوله ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن يعني الوكيل باع ثوبا وضمن الثمن للموكل عن المشتري **قوله** لو صح الضمان مع الشركة يصير اضمنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وفي الفوائد الظهيرية لا معنى لهذا التردد لان الضمان مضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا ولا معنى للقول بان فيه قسمة الدين قبل القبض لان عقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين (فكذا)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

بخلاف ما اذا باعا بصفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويتبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل *

قال ومن ضمن عن آخر خراجيه ونوائبه وقسمته فهو جازما الخراج فقد ذكرناه

فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب شريكه ولكن التعويل على ما قيل انه لو صح الضمان فما يؤد به الضامن يكون مشتركا بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك لان ما يستحق بنصيب احدهما لا آخر ان يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقي ثم ونم الى ان لا يبقى شيء وهذا معنى قول مشايخنا رحمهم الله ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء *

قوله بخلاف ما اذا باع بصفقتين بان باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة ثم ضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان لان الصنقة اذا تعددت فما وجب لكل واحد منهما بعقده يكون له خاصة بلا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما **قوله** وان قبل الكل اي للمشتري ان يقبض نصيب احدهما اذا نقد حصته من الثمن وان قبل الكل وذكر الامام المحبوبي رحمه الله ان كان البيع صفقتين بان سمي لكل نصيب ثمنان فصانه لانه لا شركة بينهما الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد الآخر يصح ولو قبل الكل ثم نقد حصته احدهما ملك قبض نصيبه بخلاف الاول **قوله** واما الخراج فقد ذكرناه وهو قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء ثم قيل المراد من الخراج الذي تصح الكفالة عنه الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة على مال على ما يراه الامام لا المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض فانها غير واجبة في الذمة فلم يكن في معنى الدين وفي الفوائد الظهيرية اما الخراج فلانه دين كسائر الديون من حيث انه يطالب به من عليه ويحبس فيه ثم قال كأنه اراد به الخراج الموظف *

(قوله)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الابوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشائخ رح وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي

قوله وهو يخالف الزكوة اي الخراج يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الابوصية وهذا لان واجب الزكوة فعل هو عبادة والمال محل لاقامة ذلك الواجب ثم المال غير مضمون عليه حتى لو هلك لا يضمن شيئا والكفالة لا تصح بالعبادة ولا باعيان غير مضمونة بخلاف الخراج لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذات من حريم الدين والمحاماة من بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة والكفالة بالاجرة صحيحة فكذلك بالخراج واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك نحوان بقضي القاضي بكري نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة فابى واحد منهم من الكري وانفق شريكه بامر القاضي يصير حصته الآبي دينا في ذمته فتصح الكفالة بها لانه كفل بما هو مضمون على الاصيل وكذا اجرة الحارس بين قوم مضمونة يصح الضمان بها وكذا ما وظف الامام علي الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت المال من المال او يحتاج الى فداء اسارى المسلمين فوظف على الناس ما لا اجل ذلك فهو واجب مضمون تصح الكفالة به وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا اختلف المشائخ قال بعضهم لا تصح الكفالة بها لان الكفالة لا التزام المطالبة بها على الاصيل شرعا ولا شيء هنا على الاصيل شرعا فلا تصح الكفالة وقال بعضهم منهم فخر الاسلام علي البزدوي رحمه الله تصح الكفالة بها لانها في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون والعبرة في باب الكفالة للمطالبة بها لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجر وان كان الآخذ في الاخذ ظالما ولهذا قلنا ان من (قضى)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها وحصتها منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة
الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه * ومن قال لا خير لك
علي مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك
من فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر
اقرب بالدين ثم ادعى حق نفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفي الكفالة ما اقرب بالدين
لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون
عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار

قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كما لو قضى دين غيره بامره *
قوله وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها فحينئذ يكون الرواية بالواو وحصتها
منها فيكون ح بين القسمة والنوائب مغايرة والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة
الراتبة وهي المقاطعات الديوانية في كل شهر او ثلثه اشهر والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب
بل يلحقه احيانا ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لا يقع وقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد البردعي رحمه الله
انه قال وقع هذا الحرف غلط لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون
وكان الفقيه ابو جعفر رحمه الله يقول معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة
من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك وضمن انسان بها لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم
معناها اذا اقتسمنا ثم منع احد الشريكين قسمة صاحبه فيكون الرواية على هذا قسمة بسكون
السين وحذف التاء كذا في الفوائد الظهيرية وقيل اراد بالقسمة اجرة الكيال الذي يقسم
الغلة اذا كان الخراج مقاسمة **قوله** والحكم ما بيناه وهو جواز الكفالة فيما اذا كانت
بحق بالاتفاق ولو كانت بغير حق ففي صحة الكفالة بها اختلاف المشائخ **قوله** لانه لا دين
عليه في الصحيح احتراز عن القول الآخر بانه يجب للطالب على الكفيل دين ايضا
قوله فكان القول قول من انكر الشرط اي مع اليمين * (قوله)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلاً على الاصيل والشافعي رح
الحق الثاني بالاول وابويوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه *
قال ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضي
له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يتنص
له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل
بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل
وعن ابي يوسف رح انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق

قوله اما الاجل في الكفالة نوع يعني لما كان نوعاً واجب ان يقبل قوله في بيانه لانه لا يدعي
العارض بخلاف الاجل في الدين لانه عارض ولهذا لا يثبت من غير شرط فالقول لمكر الشرط
والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابويوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق
الاول بالثاني هكذا وقع في عامة النسخ وهذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه وهو ان يقال
والشافعي الحق الاول بالثاني وابويوسف فيما يروى عنه الحق الثاني بالاول وذلك لان
عند الشافعي رحمه الله القول قول المقر في الفصلين جميعاً فكان الاقرار بالدين وهو
المذكور اولاً في الرواية ملحقاً بالثاني وهو الاقرار بالكفالة وذلك انما يستفاد فيما قلنا
ومذهب ابي يوسف فيما يروى عنه على عكس حجة الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان
حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل نقداً اقر باحد نوعي الدين فالقول قوله وحجة ابي يوسف رح
انهما تصاد فاعلى وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بحجة
الآتري انسلوا اقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالدين ودعواه الخيار لما قلنا فكذا
دعوى الاجل **قوله** والفرق قد اوضحناه اشارة الى قوله وجه الفرق ان المقر اقر بالدين
الى آخره **قوله** لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع ولهذا الواجب المستحق البيع بعد
قضاء القاضي له سمح البيع ولو كان الثمن عبداً فاعتقه باع الجارية نفذ حكم القاضي (للمستحق)

(كتاب الكفالة فصل في الضمان)

وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل * ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عندا ببحينة رح لانه عبارة عن تخلص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك

للمستحق بعد اعتاقه وانما يصير كفيل اذا قضى بالثمن على البائع فقبل ذلك لا كفالة فلا يكون للمشتري ان يأخذ الثمن من الكفيل هذا جواب ظاهر الرواية وهو الصحيح لان الاستحقاق لا ينفي ابتداء البيع فالولى ان لا ينفي البقاء بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحللة وجه الورود ان بمجرد القضاء يثبت للمشتري حق الرجوع ولم يثبت في فصل الاستحقاق *

قوله وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل وهو ترتيب محمد رحمه الله حيث ابتدأ كتاب الزيادات بكتاب الماذون ثم رتبها الزعفراني على الترتيب الذي هو الآن عليه ومن ابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة من المستحق وطلب الحكم عن القاضي دليل النقص فينتقض به البيع كما ينتقض بصريح النقص حتى لا يعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخذ العين بحكم الحاكم دليل الفسخ فيفسخ به البيع وعنه ان العقد يفسخ بالقضاء بالاستحقاق فعلى هذه الرواية للمشتري ان يأخذ الكفيل اذا قضى عليه بالاستحقاق **قوله** فضمن له رجل بالعهد اعلم ان ههنا ثلث مسائل ضمان العهدة وضمان الدرك وضمان الخلاص فضمن العهدة باطل بالاتفاق لما ذكر في الكتاب وضمان الدرك جائز بالاتفاق واختلفوا في ضمان الخلاص فعندهما جائز لان تفسيره ضمان تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وهذا هو ضمان الدرك واَبو حنيفة رحمه الله يقول تفسير ضمان الخلاص تخلص المبيع وتسليمه الى المشتري على كل حال وذلك باطل لانه التزم شيئا لا يقدر عليه **قوله** لان هذه اللفظة مشتبهة (اي)

(كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين)

وهو تسليم المبيع او قيمته فصيح *

* باب كفالة الرجلين *

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيلا عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا
بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادنى احد هـ ما لم يرجع على شريكه
حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصل
وفي النصف الآخر كفيلا ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصلالة وبحق الكفالة لان الاول
دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة
ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان ادائه نائبه كادائه

اي لفظة العهدة قد تقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وقد تقع
على العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعقد والعهد واحد وعلى حقوقه
لانها من ثمرات العقد وقد تطلق على خيار الشرط كما جاء في الحديث عهد الرقيق
ثلاثة ايام اي خيار الشرط وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ضمان العهدة يصح ويكون
عبارة عن ضمان الدرك تصحيا للعقد وهو تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه
وابو حنيفة رحمه الله يقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال *

قوله وهو تسليم المبيع او قيمته اراد به الثمن والله اعلم *

* باب كفالة الرجلين *

قوله ثم هو تابع للاول اي الثاني وهو المطالبة تابع للدين لان المطالبة بالدين مبنية على
وجود الدين لان المطالبة بالدين ولا دين محال **قوله** وفي الزيادة لا معارضة اي
من كل وجه وفي النصف ايضا لم يكن معارضة حقيقة ولكنه كانت معارضة صورة ولا دور
ايضالا ان المؤدي لما نوى عما كان عليه بطريق الاصلالة برئ صاحبه عن الكفالة فاذا جعل
المؤدي الزيادة من صاحبه لا يكون لصاحبه ان يجعل الزيادة عن المؤدي (قوله)

(كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين)

فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداة احد همارجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون الكفالة بالكل من الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداة احد هما وقع شائعا عنهما اذا كفل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض

قوله فيؤدي الى الدور لانه لو جعل شيء من المودى من صاحبه فلصاحبه ان يقول اداؤك كادائي فان جعلت شيئا من المودى عني ورجعت علي بذلك فلي ان اجعل المودى عنك كما لو اديت بنفسي فينضي الى الدور **قوله** ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك يريد به ان معنى ما قال في الكتاب واذا كفل رجلان عن رجل بمال كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالكل وكفل كل واحد منهما من صاحبه بالكل ايضا وانما قال في الصحيح لانهما لو كفلا بالالف كان الالف منقسما عليهما بصفين ثم اذا كفل احد هما عن صاحبه فادى احد هما نصف المال فانه لا يرجع على الآخر حتى يزيد المودى على النصف لان جهة الضمان قد اختلفت لان نصف المال كان واجبا عليه بحكم ضمانه بغير واسطة والنصف الآخر كان واجبا عليه بحكم الكفالة الثانية فنزل هذا منزلة المسئلة الاولى **قوله** والمطالبة متعددة يعني انما يكون كل واحد منهما كفيل عن الاصيل وكفيل عن صاحبه لان موجب الكفالة التزام المطالبة وهي متعددة مطالبة على الاصيل ومطالبة على الكفيل وقد التزمهما كل واحد منهما فيجتمع الكفالتان على كل واحد منهما **قوله** على ما مر اشارة الى ما مر من قوله لان موجه التزام المطالبة هي متعددة في تعليل قوله من اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلا **قوله** وكما تصح الحوالة من المحتال عليه اي حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر يصح فكذا في الكفالة (قوله)

(كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين)

بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدوران قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما أدى (فلا ينقض برجوع الآخر عليه) بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما ادبا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره **قال** واذا ابرأ رب المال احدهما اخذا لآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل ب كله على ما بيناه ولهذا ياخذ به **قال** واذا افترق المتقاضيان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاءوا بالجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين **قال** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا ب ادائه ويجعل كفिला بالالف في حق صاحبه وسند ذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك

قوله بخلاف ما تقدم اي بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما اصيلا في النصف لان دين الاصلالة مقدم فلا يرجع حتى يزيد على النصف **قوله** ولا يؤدي الى الدورانه اذا رجع احدهما على صاحبه بنصف ما أدى ليس للآخر ان يرجع عليه لان قضيته الاستواء وقد حصل بخلاف ما اذا كان على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بان هناك جعل المودى عن الكفالة يؤدي الى الدوران فلا يجعل **قوله** والآخر كفيل ب كله على ما بينا اشارة الى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون كفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك **قوله** لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين وهي مسئلة اول الباب حيث قال ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصلالة وما عليه بحق الكفالة وما ذكره من لزوم الدور **قوله** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال كاتبتكما (على)

(كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين)

فما اداة احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولورجع بالكل لا تحقق المساواة **قال** ولولم يؤد يا شياحتي اعتق المولى احدهما جازا اعتق لمصادفة ملكه وبرئ عن النصف لانه ماضي بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغني عنه فاعتبر مقابلا برقتهما فلهذا يتنصف *

على الف الى سنة في الفوائد الظهيرية رجل كاتب عبد بن له كتابة واحدة ثم انما قيد في المسئلة بالكتابة الواحدة لان كل واحد منهما لو كان مكاتباً على حدة فكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياساً واستحساناً وهذا العقد صحيح استحساناً والقياس ان لا يصح لانه شرط فيه كذالة المكاتب والكفالة تبدل الكتابة وكل ذلك باطل فيكون شرطها في الكتابة مفسد اذ الكتابة تفسد بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان ان هذا عقد يحتمل الصحة بان يجعل المال على احدهما وعتق الآخر معلقاً بادائه كما في الولد المولود في الكتابة ويجعل كل واحد في حق المولى كان المال كله عليه وعتق الآخر معلقاً بادائه فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصاله لا بحكم الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون موزعاً منقسماً عليهما ولكن قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحاً للكتابة نفياً وراء ذلك العبرة للحقيقة *

قوله فما اداة احدهما رجع على صاحبه بنصفه فان قيل كيف يرجع على صاحبه بنصف ما ادى والمال في الحقيقة مقابل بهما فيكون على كل واحد منهما نصفه فيجب ان لا يكون له حق الرجوع ما لم يزد المودى على ما يخصه كما في مسئلة الدور قلنا انما يرجع على صاحبه بنصف ما ادى تحرزاً عن تفريق الصفقة على المولى لان المودى لو وقع عن المودى على الخصوص يبرأ بادائه عن نصيبه فيعتق لان المكاتب اذا برئ مما عليه من البدل يعتق والمولى شرط عليهما ان يؤد يا جميعاً ويعتقا جميعاً ونظيرة نصراني كاتب عديدين له نصرانيين على خم مكتابة واحدة فاسلم احدهما انقلب ما عليهما قيمة (قوله)

(كتاب الكفالة ... باب كفالة العبد وعنه)

والمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايها شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤدى عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه والله اعلم *

* باب كفالة العبد وعنه *

ومن ضمن من عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرتة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به في الحال والكفيل غير معسر فصاركما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا

قوله والمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايها شاء لان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك الالف فبقي على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت **قوله** المعتق بالكفالة فان قيل كيف يكون المعتق ههنا كفيلًا يبدل الكتابة والكفالة يبدل الكتابة لا تصح قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن هذا كفالة في ابتدائه يبدل الكتابة بل كان كل بدل الكتابة واجبا على كل واحد منهما تصحيا للكتابة وبعد اعتاق احدهما صار المعتق كفيلًا عن غير المعتق يبدل الكتابة فيجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء كما في موت الشهود والله اعلم *

* باب كفالة العبد وعنه *

قوله ومن ضمن من عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق اي مالا هذه صفته وهي انه لا يجب عليه حتى يعتق بان اقربا استهلك مال وكذبه المولى او اقضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يواخذ به في الحال (قوله)

(كتاب الكفالة ... باب الكفالة العبد وعنه)

فان ادعى رقة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه تخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول *

قال واذا كفل العبد من مولاة بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر ربح يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح الكفالة بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها

قوله فان ادعى رقة العبد وفي الفوائد الظهيرية فان ادعى على ذي اليد رقة العبد فكفل بنفس العبد رجل ثم مات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته وانما قيد اثبات ملكه باقامة البينة لانه لو ثبت ملك المدعى باقرار ذي اليد او بنكوله عند التحليف وقدمات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شيء مما لزم على الاصيل الا اذا اقر الكفيل بما اقربه الاصيل لان اقرار الاصيل لا يعتبر حجة في حق الكفيل **قوله** ومعنى الوجه الاول وهو ما اذا كفل العبد عن مولاة بامره ان لا يكون وفي بعض النسخ ان يكون بغير حرف النفي والصحيح من الرواية ان لا يكون لانه اذا لم يكن عليه دين يصح امر المولى اياه بالكفالة ويصح تصرف المولى فيه لغراغ ذمته عن تعلق حق الغير لا ترى انه يملك ان يجعله مشغولا بالدين بان يقر عليه بالدين فكذاله ان يأذن حتى تكفل عنه بخلاف ما اذا كان مديونا لان مولاة صار كالاجنبي عنه حتى لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه فكذا لا يملك امره بالكفالة واما كفالته عن العبد تصح بكل حال سواء كان العبد مديونا ولا فان قيل دين العبد مستحق القضاء من مال بيته وهي من ملك مولاة فاي فائدة في هذه الكفالة قلنا الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة لو باصل الدين واستحقاق قضائه من سائر امواله وهذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا ادعى رجل على عبد رجل دعوى فكفل مولاة بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه (قوله)

(كتاب الحوالة)

وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابد اكن كفل من غيره بغير امره فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبداً لانه دين ثبت مع المان في فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقاً بنا في معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبديل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده

* كتاب الحوالة *

قال وهي جائزة بالديون قال عليه الصلوة والسلام من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة *

قوله وقعت غير موجبة والفقه فيه ان الكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على الاصيل الا ان ما يجب للكفيل مؤجل الى وقت ادائه ولهذا الواجب الاصيل يصح ولا يرجع اذا ادعى الكفيل بعد ذلك فتبين ان المعتبر وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن العبد ممن يستوجب شيئاً على مولاه **قوله** وبديل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده ولا يجوز الكفالة به للمولى ولكن كان ذلك معللاً بالعلة الاولى وهي قوله لانه ثبت مع المان لما ان للمستسعى عنده احكام العبد من عدم قبول الشهادة وتزوج المراتين والحدود وغيرها ون العلة الثانية لانه لا يرد في حقه التعجيز وسقوط السعاية بالتعجيز *

* كتاب الحوالة *

هي اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيداً بماله علي على رجل فاحتمل زيد به على الرجل فانما محيل وزيد محال ومحتمل والمال محال به والرجل محال عليه ومحتمل عليه وقولهم للمحتمل المحتمل له لغو لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتمل حويل كذا في المغرب وهم في الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتمل عليه **قوله** وهي جائزة بالديون قال مرم من احيل على ملي فليتبع فالامر بالاتباع دليل الجواز (قوله)

(كتاب الحوالة)

وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين **قال** وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتمل والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامر **قال** واذا تمت الحوالة بري المحل من الدين بالقبول وقال زفر ربح لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل من الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملاء والاحسن في القضاء

قوله انما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل في الدين لا في العين لان هذا نقل شرعي والدين وصف شرعي فيظهر اثره في المطالبة فجاز ان يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعا اما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الشرعي بل يحتاج الى النقل الحسي فان قبل بشكل هذا بما اذا كانت الحوالة بغير امر المحيل حتى ان من قال لغيره ان لك على فلان كذا فاحتل بها علي ورضي بذلك صاحب الدين صحت الحوالة ولا يتحقق النقل فيه قلنا يتحقق النقل فيه معنى فان الرجل اذا قال ادبت دينك علي ان لا ارجع علي المديون تكون الحوالة موجودة معنى والمعتبر بالمعنى دون اللفظ **قوله** وتصح برضاء المحيل والمحتمل صحة الحوالة تعتمد قبول المحتمل والمحتمل عليه ولا تصح الحوالة في غيبة المحتمل في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة للغائب ولا يشترط حضرة المحتمل عليه لصحة الحوالة حتى لو احال عليه رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة وكذا لا يعتبر حضرة لمحيل ولا رضاه **قوله** واذا تمت الحوالة بري المحيل وللمتاخرين اختلاف في ان الحوالة توجب براءة المحيل من المطالبة (و)

(كتاب الحوالة)

وانما يجبر على القبول اذا انقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا *
قال ولا يرجع المحتمل على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وان توى

المطالبة والدين ام عن المطالبة دون الدين وانما اختلفوا ذكر محمد رح مسائل تدل على القولين اما من قال توجب البراءة عنهما احتج بما قال محمد رح المطلوب ا حال طالبه على غريمه مقيدا بما له عليه برئ المحيل ومنها المحيل وهب الدين من المحتمل عليه او ابرأه لا يصح بالا جماع ذكره في الجامع وذكر فيه ايضا انها مختلفة بين المتأخرين وذكر في المبسوط عند ابي يوسف رح لا يصح وعند محمد رحمه الله يصح ومنها ا حال الكفيل الطالب على آخر برئ هو والاصل ومنها وكل رجلا بقبض الدين ف ا حال المطلوب الطالب على رجل خرج الوكيل عن الوكالة اما من قال الحوالة توجب البراءة عن المطالبة دون الدين احتج بما قال محمد رح المحتمل ابرأ المحتمل عليه عن الدين فالمحتمل عليه لا يرجع به على المحيل ومنها المحتمل وهب الدين من المحتمل عليه فالمحتمل عليه يرجع به على المحيل ان لم يكن للمحيل عليه دين وان كان يلتقيان قصاصا فيسقط دين المحيل وجعل الجواب فيه كالجواب في الكفيل ومنها المحتمل ابرأ المحتمل عليه لا يرتد بده ولو وهب الدين منه يرتد بده وجعل الجواب فيه كالجواب في الكفيل ومنها المحيل لو قضى الدين اجبر المحتمل على القبول ولم يكن متبرعا ومنها المحيل لا يصلح وكيل عن المحتمل بقبض الدين من المحتمل عليه علم ان الدين باق عليه وانما تأخرت المطالبة فصار الحاصل ان الحوالة تنقل صورة حتى لا يتمكن من مطالبة المحيل قبل ان يتوى المال على المحتمل عليه وتأجيل معنى حتى لو توى يرجع المحتمل على المحيل فكان محمد رحمه الله اعتبر النقل في بعض الاحكام واعتبر التأجيل في البعض ليكون عملا بهما *

قوله وانما يجبر على القبول اذا انقد المحيل جواب سوال وهو ان يقال لو انتقل الدين من ذمة المحيل الي ذمة المحتمل عليه لما اجبر على القبول اذا انقد المحيل كما لو (تبرع)

(كتاب الحوالة)

لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود الاسباب جد يدولنا انها مقيدة بسلامته حقه له
اذ هو المقصود او تنسخ الحوالة لغواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع *
قال والتوى عند ابي حنيفة رح احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف

تبرع انسان بقضاء دينه لانه يحتمل عود المطالبة الى المحيل بالتوى فلم يكن متبرعا فان قيل
هو متبرع حال اداء الدين اذ لا دين عليه في الحال فطعا ما ذكرت موهوم فلنا المتبرع من
يقصد الاحسان الى الغير من غير ان يقصد دفع الضرر عن نفسه اصلا وهو بهذا الاداء قصد
دفع الضرر عن نفسه حيث استطاع نفسه المطالبة بالحبس حال اعساره فلا يكون متبرعا *

قوله لان البراءة حصلت مطلقة اي من قيد الرجوع على المحيل عند التوى والحوالة
للتقل والمنتقل من الاوصاف لا يعود ولنا انها مقيدة اي ان البراءة مقيدة بسلامته
حقه له يعني ان الحوالة التي تحصل بها البراءة وان كانت مطلقة لفظا لكنها هي مقيدة
بشرط السلامة فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل فان دلالة الحال تصلح
للتقييد كما اذا اقامت المرأة للخروج فقال الزوج ان خرجت فانت طالق ينصرف
الى هذه الخرجة التي قصدت في الحال حتى لو تعدت ثم خرجت بعد زمان لا تطلق
قوله اذ هو المقصود اي وصول حق المحتال اليه سالما هو المقصود من عقد الحوالة

لانه عند توثيق فيليق بحالة ابرام العقد واحكامه لا ابطاله فصار كوصف السلامة في المبيع
بان اشترى شيئا فوجده معيبا يرجع بنقصان العيب وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان وصف
السلامة مستحق للمشتري فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع به على المحيل ولان البراءة
حصلت بطريق الانتقال فاذا لم يسلم له من المحل الذي انتقل اليه يعود حقه الى المحل
الذي انتقل عنه كما لو اشترى بالدين شيئا وهلك قبل القبض فان حقه يعود في الدين
كما كان فكذا هنا والجامع انها سبب يحتمل الفسخ حتى لو تراخيا على فسخ الحوالة
انسخت كما ان ذلك السبب يحتمل الفسخ *

(قوله)

(كتاب الحوالة)

ولا نبينه له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى
في الحقيقة وقال هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته
وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله تعالى غاد ورائع
قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمنل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي
عليك لم يقبل قوله الا بحجة وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء
دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر (ولا يكون الحوالة اقرا
منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه) *

قال واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل
احلتي بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر

قوله ولا نبينه له عليه او يموت مفلسا ذكر الامام التمر تاشي رحمه الله او يجحد المحتال عليه
الحوالة ولا يبينه للمحيل ولا للمحتال او يموت ولم يترك مالا ولا ديناً ولا كفيلاً ولو مات
المحتال عليه فقال المحتال مات مفلساً وقال المحيل بخلافه ففي الشافعي القول للمحتال مع اليمين
على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة ولانه بالحوالة لم يدخل في ملك المحتال عليه مال
ولو كان حياً فزعم انه مفلس فالقول قوله فكذلك بعد موته اذ زعم الطالب انه مفلس فالقول قوله
مع يمينه على علمه وفي شرح النصحي القول للمحيل مع اليمين على العلم لانكاره عود الدين
قوله وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما يقال افلس
اي صار ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي
قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة هما يقولان اعتبر القضاء بالافلاس في اخراجه
من السجن فكذا في حق غيره وابو حنيفة، حمة الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال
ما دورائعي فقد يصبح الرجل فقيراً او يمسي غنياً راح خلاف غدا اذا جاء او ذهب رواجاً
اي بعد الزوال والمعنى جاء وذهب او عكسه ثم عود المال الى المحيل بالتوى (لا لتعذر)

(كتاب الحوالة)

ولفظ الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه *

قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلك بربى لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات التي خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا

لا تعذر الاستيفاء الا ترى انه لو تعذر استيفاؤه من المحتال عليه بغيبته لم يرجع على المحيل بشيء ولا تصور التوى في الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون محلا صالحا للالتزام وبعد الافلاس الذمة في صلاحيتها للالتزام كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى بخلاف ما بعد الموت مفلسا لان الذمة خرجت من ان يكون محلا صالحا للالتزام فثبت التوى بهذا الطريق حكما *

قوله ولفظ الحوالة مستعملة في الوكالة جواب سوال مقدروه وان يقال اذا احاله فقد اقر بالدين لان الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة فاجاب ان الحوالة تستعمل في نقل التصرف على طريق التوكيل ولهذا قال محمد ر ح اذا صار مال المضاربة ديننا على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له احال رب المال على الغرماء اي وكل وتستعمل في نقل الديون فلم يكن حجة للمحتال على ان المحيل صار معترفا بالدين بل لما كان محتملا كان القول قول من اتهمه مع يمينه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله وتحتل المسئلة معنى آخر وهو ان المحتال اذا استوفى الالف وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان ذلك المتاع ملكي وكنت وكيله ببيعه من جهتي والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بيعته لنفسه فالحقول قول المحيل ح لان اصل المنازعة بينهما وقع في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل ثم كل متصرف عامل لنفسه حتى يقوم الدليل على كونه عاملا لغيره والتمن انما وجب بالبيع في المحل الذي هو في يده وهو الذي باشره فيكون الثمن واجبا له في الظاهر فلذلك كان القول قوله **قوله** ومن اودع رجلا الف (درهم)

(كتاب الحوالة)

وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبة فباخذة منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده **قال** ويكره السفاتج وهي فرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله ع من قرض جرنقعا *

درهم واحد بها آخر عليه فهو جائز الاصل ان الحوالة نوعان مقيدة بدين على المحتال عليه او بعين في يده بغصب او ودیعة او غير ذلك ومطلقة بان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيد بها بدين او عين او يحيله على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين له ثم المطلقة حالة وموجلة * **قوله** وحكم المقيدة في هذه الجملة اي حكم الحوالة المقيدة في جملة ما ذكرناها وهي ما اذا كانت مقيدة بالعين او بالدين والعين اما ان كانت ودیعة او غصبا ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فان للراهن بعد ما رهن لا يبقى حق الاخذ من يد المرتهن الا انه يخاف الرهن من حيث ان المحتال له لا يكون اخص بذلك العين او الدين الذي قيدت حوالة به عند موت المحيل من سائر الغرماء بل هو اسوة لهم والمرتهن يكون اخص بالرهن من سائر الغرماء عند موت الراهن **قوله** بخلاف المطلقة وهي ان يقول المديون لرب الدين احلنك بالالف التي لك علي على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي عليه والعين الذي عنده من غصب او ودیعة لانه لا تعلق لحقه اي لحق المحتال به اي بذلك الدين الذي للمحيل على المحتال عليه او بذلك العين الذي عنده **قوله** بل بذمته اي بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه اي من الدين او عنده من الغصب والوديعة **قوله** ويكره السفاتج السفاتج تعريب سفته وسفته شيء محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امرة وفي المغرب السفاتج بضم السين وفتح التاء واحدة السفاتج وصورتها ان يدفع الى تاجر ما لا قرضا ليدفعه الى (صديقه)

(كتاب ادب القاضي)

* كتاب ادب القاضي *

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في الموالي شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقن من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط اهلية الشهادة يشترط اهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو تلد يصم الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا فتنسحق باخذ الرشوة او غيرة لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشائخنا خارج وقال الشافعي رح الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن عالمنا التلمذ رح في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشائخ رح اذا قلد الفاسق ابتداء يصح *

صديقه وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وقيل هي ان يقرض انسانا ليقتضيه المستقرض في بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق فان لم تكن المنفعة مشروطة ولا كان فيها عرف ظاهر فلا بأس به وهو في معنى الحوالة لانه احوال الخطر المتوعد على المستقرض ولذلك اورد في آخر باب الحوالة والله اعلم *

* كتاب ادب القاضي *

القضاء عبارة عن الاحكام لغة قال وعليها سرور ودان قضاهما وعن الالتزام شريعة وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله والسنة فانه عليه السلام قضى وولى عليا ومعاذا والاجماع والمعتول نفى القضاء بالحق اظهار العدل وبدا قامت السموات والارض ودفع الظلم من الجاهل وهو صايد عو اليه عقل كل عاقل وانصاف المظلوم والملهوف والنهي عن المنكر والامر بالمعروف ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء *

قوله حتى يجتمع في الموالي على لفظ اسم المنعول ليكون في دلالة على تولية خيرة اياه بدون طلبه وهو الاولى للقاضي على ما يجي ان شاء الله تعالى **قوله** فلان حكم القضاء يستقن من (حكم)

(كتاب ادب القاضي)

ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عد الله فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد الفاسق حذا راعى النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقتضي بفتوى غيره ومقتضوا القضاء يحصل به وهو ا يصلح الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عم من قلد انسا ناعدا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار وصاحب فقه له معرفة بالحديث ليدل على القياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب تريخة مع ذلك يعرف بها عادات الناس

حكم الشهادة اي يستفاد لان كل واحد منهما من باب الولاية لان الولاية تنفيذ القول على الغير شاء الغير واوى فالشهادة والقضاء كذلك وانما قلنا ان حكم القضاء يؤخذ من حكم الشهادة اذ الشهادة بمنزلة الاصل والقضاء كالتابع لها الا ترى انه ينبغي عليها *

قوله ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عد الله فمقتضى التقليد بحال عد الله فصار كانه علق بقاء قضاء القاضي بحال عد الله فلما فسق لم يبق التقليد لارتفاع العلم وكما يصح تعليق القضاء والامارة بالشرط بان يقول السلطان لرجل اذا قدمت بلادك كذا فانت قاضيها او يقول لرجل اذا اتيت مكة فانت اميرالموسم فكذلك يصح ايضا تعليق عزل القاضي بالشرط **قوله** وفي حد الاجتهاد كلام واصح ما قيل فيه ان يكون قد حرم علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وان يكون مصيبا في القياس عالما بعرف الناس **قوله** وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه اي منسوب الى علم الحديث لزيادة علمه ودرسه فيه ولكن له فقه ايضا وليس هو بقدر علمه بالحديث او صاحب فقه له معرفة (با)

(كتاب ادب القاضي)

لان من الاحكام ما يبتني عليها **قال** ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضه تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف * **قال** ويكره الدخول لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الخيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله م من جعل على القضاء فكا نماذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمه فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الامانة الا اذا كان هوا هلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد *

بالحديث اي منسوب الى الفقه ولكن له علم بالحديث ايضا وليس هو بقدر علمه بالفقه * **قوله** لان من الاحكام ما يبتني عليها اي على عادات الناس كالا ستصناع بجوز عرفا وينكر به القياس **قوله** لانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف فان قيل لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبالما ان ادنى درجات فرض الكفاية الندب كما في صلوة الجنازة ونحوها قلنا نعم كذلك الا ان فيه خطرا عظيما وامرا مخوفا لا يسلم في بحره كل سابع ولا ينجم منه كل طامع الا من عصمه الله تعالى وهو عزيز وجوده وعن هذا اختار كثير من الحلف التعذيب البليغ ولم يختره الا ترى ان ابا حنيفة رح دعي الى القضاء ثلث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف رحمه الله فقال ابو يوسف رح لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة رح نظر الغضب وقال ارايت لو امرت ان اعبس البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكانى بك قاضيا وكذا دعي محمد رحمه الله الى القضاء فابى حتى قضى قيد وحبس واضطر فتقلد **قوله** كيلا يصير شرطا اي كيلا يصير الدخول في القضاء شرطا لمباشرة القبيح لانه قبل القضاء لا يمكن من اجراء الظلم على غيره او ارتكاب قبيح آخر لعجزه وخوفه فلما ولي القضاء فقد تمكن من ذلك لقدرته ولا يته فيصير الدخول في القضاء شرطا لارتكابه **قوله** وكانما (ذبح)

(كتاب ادب القاضي)

قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسأ لها لقوله عم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يستدوه لان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضه تقلدوا من معاوية رضه والحق كان بيد علي رضه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائراً الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقليد بخلاف ما اذا كان يمكنه *

ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال لان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعاً والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك فانه يؤثر في الباطن دون الظاهر فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر فانه في ظاهرة جاه وفي باطنه هلاك وكان شمس الائمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد ان يزدرى هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضياً روي له هذا الحديث فزدراه فقال كيف يكون هذا ثم دعي في مجلسه بمن يسوي شعرة فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى والقمي رأسه بين يديه *

قوله وينبغي ان لا يطلب الولاية اي بقلبه ولا يسأ لها اي بلسانه **قوله** وكل الى نفسه اي فوض امره الى نفسه ومن فوض امره الى نفسه كان مخذولاً غير منصور لان النفس امانة بالسوء وانما كان كذلك لأن من سال القضاء فقد اعتمد فقهاء وورعه وذكاءه فصار معجباً فلا يلهم الرشد ويحرم التوفيق فاما من اكره عليه فقد اعتمد بحبل الله تعالى وتوكل عليه وقال الله تعالى ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد ويوفق للصواب **قوله** في نوبته اي في نوبة علي رضي الله عنه وانما قيد به احترازاً عن مذهب الروافض فانهم يقولون كان الحق في يد علي في نوبة ابي بكر وكذلك في نوبة عمر وعثمان رضي الله عنهم وقال ولكن ما قاتوه باطل لاجماع الامة على صحة خلافة الخلفاء الراشدين ولو كان الامر على ما قاله الروافض لكان اجماع الامة على باطل ولا يجتمع الامة على باطل ولم يرو من علي رضي الله عنه ولا من غيره مخالفة ذلك لاجماع (قوله)

(كتاب ادب القاضي)

قال ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغير ذلك لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال نطاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى الموالي وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذته تدبيرا لاثمولا ويبيع امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسا لانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة منها كيلا يشتبه على الموالي وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام *

قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظر اذ من اعترف بحق الزمنايا لان الاقرار ملزم ومن اكره لم يقبل قول المعزول عليه الابينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما اذا كان على فعل نفسه * فان لم تقم بينه لم يعجل بتخايمته حتى ينادي عليه وينظر في امرة لان فعل القاضي المعزول حق ظاهر فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الخوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة ويعترف به من هو في يده لان كل ذاك حجة

قوله يسأل ديوان القاضي الذي قبله ديوان القاضي الخرائط التي فيها نسخ السجلات والصكوك ونصب الارصاء والقيم في اموال الوقف وتقدير النفقات وهذا ان القاضي يكتب نسختين احدهما تكون بيد الخصم والاخرى تكون في ديوان القاضي لانه ربما احتاج اليه لمعنى من المعاني وما يبد الخصم لا يؤمن عليه الزيادة والنقصان ويبحث رجلين من ثقائه ليقبضا ديوانه بحضرة القاضي المعزول او امينه والواحد يكفي والاثنان احوط ويسألان القاضي الاول شيئا فشيئا فما كان فيها من نسخ السجلات يجعلانه في خريطة وما كان من نصب الارصاء في اموال اليتامى يجعلونه في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول فلا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج الى نسخة منها فاما القاضي المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع في خريطة ولو احتاج الى نوع منها يحتاج الى تفتيش جميعها وانما يسألان القاضي المعزول وان لم يكن قوله حجة لالتحافه بواحد من الرعايا لينكشف لهما ما اشكل عليهما **قوله** حتى ينادي عليه اي يا مرمنا ينادي عليه (كل)

(كتاب ادب القاضي)

ولا يقبل قول المعزول لما بيناه الا ان يعترف الذي هي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها
لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالقرار لغيره
فيسلم (ما في يده) الى المقر له الاول لسبق حقه **قال** يجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشبه
مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رح بكرة الجلوس
في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا
قوله م انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله م يفصل الخصومة في معتكفه
وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز
اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لافي ظاهرة فلا يمنع من دخوله والحائض
تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها والى باب المسجد ويبعث من يفصل بينها وبين خصمها *

كل يوم اذا جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الغلاني بحق فليحضر حتى
يجمع بينه وبينه فان حضر والا فمن رأى القاضي ان يطلقه ينادي عليه كذلك اياما
فان حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه وان لم يحضر تانى عليه اياما على حسب
ما يرى القاضي فان لم يحضر خصم اخذ منهم كفيلا بانفسهم واطلقهم *

قوله ولا يقبل قول المعزول لما بينا اي لا يقبل قول المعزول ان المال الذي في يد زيد
يكون لعمرو لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا الا ان يعترف الذي في يده المال ان
المعزول سلمه اليه لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده
في الحال لان من في يده مال اذا اقر بذلك المال لانسان يقبل اقراره الا اذا بدأ باليد
بالاقرار لغيره فيقول هذا المال لفلان بن فلان غير الذي اقره القاضي المعزول ثم قال دفعه
الى القاضي المعزول فيسلم الى المقر له الاول لسبق يده ثم يضمن للقاضي المعزول
قيمة ذلك العين او مثله باقراره ان اليد كانت له فياخذ المعزول ويسلم الى الذي
قر القاضي له ولو بدأ بالدفعة نقال دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان آخر فالقول قول (ا)

(كتاب ادب لقاضي)

كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في دارة لا باس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة *

قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جري على العادة وفيما وراء ذلك يصبر آكلا بقضائه حتى لو كانت للتقريب خصومة لا يقبل هديته ايضا وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لا ندلا جل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامتلا للخاصة لا جل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رح انه يجيبه وان كانت خاصة كالهديته والخاصة ما لم يعلم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها *

المعزول ويومر بالدفع الى من اقره القاضي المعزول ولوقال صاحب اليد دفعه الى القاضي المعزول وقال هو فلان بن فلان او قال دفعه الي ولا ادري لمن هو فالملوى يقبل قول المعزول ولو انكر ذواليد ما قال للمعزول كله القول قوله ولا يقبل قول القاضي المعزول فيه *

قوله كما اذا كانت الخصومة في الدابة فانه يخرج القاضي لسماع الدعوى وسهادة الشهود والاشارة اليها **قوله** لان في جلوسه وحده تهمة وهي تهمة الظلم والرشوة **قوله** ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما لم يفصل في الدعوة الخاصة بين ان يكون

الداعي اجنبيا او ذا رحم محرم منه وقال في فصل الهدية لا يقبل الا من ذي رحم محرم منه فلا بد من التأويل بين المسئلتين قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان ذا رحم محرم لم يجرب بينهما الدعوة والمهاداة صلة للقرابة وانما احدث بعد القضاء فاذا كانت الحالة هذه فهو الاجنبي سواء في هذا وما ذكر في الهداية انه يقبل من ذي رحم محرم فهو محمول على انه كان جرى المهاداة قبل القضاء صلة للقرابة فاذا اهدى اليه هدية بعد القضاء فلا بأس بالقبول هكذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زادة رح وفي مبسوط شيخ الاسلام الا ان يكون المضيف خصما فينبغي ان لا يجيب دعوته وان كانت عامة (قوله)

(كتاب ادب القاضي فصل في الحبس)

قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال ع م للمسلم على المسلم ستة حقوق وعدم ثبأ هذين * ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي دم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة **قال** واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله ع م اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة والنظر ولا يسارا احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه * ولا يضحك في وجه احد هما لانه يجترئ على خصمه * ولا يمازحهم ولا واحد منهم لانه يذهب بمهابة القضاء **قال** ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول لداشهد بكذا وكذا وهذا لانه عاند لا احد الخصمين فيكرة كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رح في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل *

* فصل في الحبس *

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطلد اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطلب بانكاره

قوله ويعود المريض هذا اذا لم يكن المريض من المتخاصمين اما اذا كان منهم فلا ينبغي ان يعود لان ذلك يؤدي الى ايداء الخصم الآخر الى التهمة قال عليه السلام على المسلم ستة حقوق ان ترك شيئا منها فقد ترك حقوا جبا عليه اذا دعوه ان يجيبه واذا مرض ان يعود واذا مات ان يحضره واذا القبه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته **قوله** ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه فيه اشارة الى انه لو اضا فهمما جميعا فليس به بأس وفي المبسوط لا ينبغي ان يضيف احد الخصمين الا ان يكون خصمه معه

* فصل في الحبس *

(قوله)

(كتاب ادب القاضي فصل في الحبس)

قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجلة *

قال ولا يحبس فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسلتان تويدان القولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رح ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه

قوله ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك وهو اختيار الخصاف رح ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وهو اختيار ابي عبد الله البلخي وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويؤيد هذين القولين مسئلان احد لهما ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج انه معسر اتمسكه بالاصل وثابتهما ان احد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه معسر فالقول للمعتق فهاتان المسئلان تخالفان القول الاول لان فيهما التزاما اذا قدمه على النكاح والاعتاق اماراة قدرته على النفقة والضمان كما في المهر والكفالة **قوله** والتخريج على ما قال في الكتاب يعني تخريج هاتين المسئلتين على وجه لا تردان نقضا على ما قال في الكتاب في ظاهر الرواية حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقدان الحبس فيما يكون دينا على المدعي عليه مطلقا وفي هاتين المسئلتين النفقة ليست بدين مطلقا حتى يسقط بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله * (قوله)

(كتاب ادب القاضي فصل في الحبس)

يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ماله في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة لتفيد هذه الفائدة فقد ربهما ذكره و يروي غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير منغوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه * فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظر الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشائخ رح قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى *

قوله يحبسه شهرين او ثلثة وهو رواية محمد عن ابي حنيفة رح في كتاب الحوالة وروي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يحبسه ما بين اربعة اشهر الى ستة اشهر وذكر الطحاوي رحمه الله انه يحبسه شهر او قبل انه ارفق الاثاويل في هذا الباب لان ما زاد على الشهر في حكم الاجل وما دونه في حكم العاجل والصحيح ان التقدير منغوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص في احتمال الحبس والصبر عليه حتى اذا مضت عليه ستة اشهر ووقع عند القاضي انه متعنت يديم الحبس وان مضى شهر او دونه ووقع انه عاجز اطلقه وهكذا روي عن محمد رحمه الله **قوله** ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية وكيفية الشهادة على الافلاس حكى عن ابي القاسم انه قال ينبغي ان يقول اشهد انه مفلس معدم لانعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليلة وقد اخترنا امره في السر والعلانية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشائخ **قوله** قبل المدة اي قبل المدة التي ذكرناها من تقدير القاضي بمدة او تقدير الطحاوي او غيرها وفي الذخيرة فان اخبر عن اعساره قبل الحبس واحد عدل او اثنان او شهد بذلك شاهدان فعن محمد رحمه الله فيه روايتان في روايه قال لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الامام الجليل ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله وهو قول اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة رحمه الله (و)

(كتاب ادب القاضي فصل في الحبس)

وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلّى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحودود والقصاص * الا اذا امتنع عن الاتفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم

وهكذا قال نصير بن يحيى وقال ابو بكر الاسكاف وعامة مشائخ ما وراء النهر ان القاضي يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة وهذا لان البينة على الاعسار بينة على النفي فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت بمؤيد وبعد ما حبس ومضت عليه مدة فقد تأيدت بمؤيد لان الظاهر انه لو كان قادرا على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس **قوله** وفي الجامع الصغير رجل اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عنه الى آخره وانما ذكر لفظ الجامع الصغير هنا لان رواية الجامع الصغير من حيث الظاهر تخالف ما ذكر في اول هذا الفصل انه اذا ثبت الدين على المديون بالانذار لا يحبسه في اول الوهلة بخلاف ما اذا ثبت الدين بالبينة وما ذكر في الجامع الصغير يقتضي بحواز الحبس متصلا بافراة حيث قال يحبسه ثم يسأل عنه فثبت التناقض بين الروایتين فذكر لفظ الجامع الصغير كما هو ثم ذكر تأويله بقوله ومراده اذا اقر عند غير القاضي الى آخره ازالة للتناقض الثابت من حيث الظاهر **قوله** والحبس اولا ومدته اي بينا الحبس اولا ومدته فلا نعيده **قوله** ولا يحبس والد في دين ولده وكذا الام والجد والجدة ويحبس الوالد في نفقة ولده وفي الذخيرة فكل من اجبر به على النفقة فابى حبسه ابا كان او اخا او جدا او جدة او زوجا لان في ترك الاتفاق عليهم سعي في اهلاكهم ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد **قوله** لسقوطها بمضي الزمان اي لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان اما الدين لا يسقط بمضي الزمان فافتراق في حق هذا الحكم فيفترقان في حق الحبس ايضا والله اعلم (باب)

(كتاب القضاء ... باب كتاب لقاضي الى القاضي)

* باب كتاب القاضي الى القاضي *

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عند الحاجة على ما بين * فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعى سجلاً وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط ذكرها ان شاء الله تعالى وجواز لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على قوله في الحقوق بدرجة تحت الدين والنكاح والنسب والمغصوب

* باب كتاب القاضي الى القاضي *

قوله ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اي في الحقوق التي تثبت مع الشبهة قيد بالحقوق لما في الاعيان المنقولة اختلاف اذا شهد به على البناء للمفعول عنده اي عند القاضي المكتوب اليه للحاجة على ما بين وهو ما ذكر بعده وجواز لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ولا يندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لما ان اكثر الناس يعجزون عن اداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك الى معرفة عدالة الاصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة الى نقل شهادتهم بالكتاب فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه قبل المراد من الخصم هنا الوكيل عن الغائب او المسخر الذي جعل وكيلا لاثبات الحق عليه وان لم يكن هو وكيلا عنه في الحقيقة اذ لو كان المراد بالخصم هو المدعي عليه نفسه لما احتج الى كتاب القاضي الى قاض آخر لان حكم القاضي قد تم ويحتمل ان يكون الخصم هو المدعي عليه وان يكون مراده بيان ان هذا الكتاب هو المدعى سجلاً لانه يكتب الى قاض آخر او كان المدعي به مبيعاً فاراد المدعي عليه الرجوع على بائعه وهو في بلدة اخرى (فطلب)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي)

والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف
لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان
المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه
دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل
ويحول وعليه المنأخرون رحمهم الله **قال** ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل
وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة قامة وهذا لا ندملزم فلا بد من الحجة

فطلب من القاضي ان يكتب بحكمه الى قاضي تلك البلدة وقوله في الحقوق يندرج
تحت الدين والنكاح فان قيل الاشارة في باب النكاح شرط وكتاب القاضي الى القاضي
فيما يحتاج الى الاشارة لا يجوز قيل الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل والمرأة وهو
ليس بمدعى به انما المدعى على شيء آخر فصار النكاح نظير الدين في الذمة والاشارة الى العزيز
شرط ومع هذا جاز كتاب القاضي فيه كذا هنا *

قوله والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة انما قيد الامانة والمضاربة بالمجحودة ليكونا بمنزلة
الدين اذ لو لم تكن مجحودة لكان من جملة الاعيان المنقولة ولا يقبل كتاب القاضي فيها
قوله بشرائط تعرف في موضعه وهي ان يقيم المدعى البينة انه كان له عبد فابق وهو اليوم
في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته والدار التي جلب
منها فاذا كتب وختم على ما يجيى وبعد ورود الكتاب على المكتوب اليه احضر ذلك
القاضي المدعى عليه والعبد وفك الكتاب ونظر في العبد وفي الكتاب فان وافق حلته
العبد ما في الكتاب ختم في عنق العبد بالرصاص ودفعه الى المدعى من غير ان يقضي له بالملك
واخذ منه كفيلا وامره بان يذهب به الى القاضي الكاتب فاذا ذهب به اليه امره القاضي
الكاتب باعادة البينة على ان هذا العبد بعينه ملكه فاذا اعاد يقضى القاضي الكاتب بدله ثم
يكتب الى قاضي تلك البلدة ان يرى كفيله وفي بعض الروايات عن ابي يوسف رحمه الله (١)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي)

بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالتزام بالشهادة لا بالتركية *

قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحم الله ان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحم الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهد هم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رحم الله ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واحتار شمس الاثمة السرخسي رحم الله نول ابي يوسف رحم الله * فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب

ان القاضي لا يقضي بالعبد المدعي لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى القاضي المكتوب اليه ويكتب فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد معه اليه حتى يقضي له بالعبد بحضرة المدعي عليه فاذا وصل الكتاب اليه فهو يفعل كذلك ويبرئ الكفيل وكتاب القاضي الى القاضي في الجواني كذلك غير ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي ولكن يبعث بهامعه على يدي امين لانه لو دفعها اليه لم يمتنع من وطئها وان كان امينا في نفسه لانه يزعم انها مملوكة وعن محمد رحم الله ان يقبل في جميع ما ينقل وعليه المناخرون وقال الشيخ الامام القاضي المنتسب الى اسبجواب وعليه الفتوى *

قوله بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم لان كتاب ملك اهل الحرب ليس بملزم فان الامام بالخيار ان شاء اعطاه الامان وان شاء لم يعطه فلا يشترط البيئة **قوله** ويسلمه اليهم اي الى الشهود عمل القضاة اليوم انهم يسلمون المكتوب الى المدعي وهو قول ابي يوسف رحمه الله وهو اختيار الفتوى على قول شمس الاثمة رحم الله (يسلم)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي)

لانه للنقل لا للحكم **قال** فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ر ح وقال ابو يوسف ر ح اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف ر ح لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا او الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاله وهو معروف

يسلم المكتوب الى الشهود كذا في النهاية وقال كذا وجدت بخط شيخنا ر ح * **قوله** لانه للنقل لا للحكم وهذا لان الشهادة في حق الكاتب للنقل فلا يحتاج فيه الى حضور الخصم وفي حق المكتوب اليه للحكم فلا بد من حضور الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة عليه اولان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان القاضي الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى القاضي المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة الاصل بعبارة ثم لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بمحض من الخصم فكذا هنا **قوله** ربما يحتاج الى زيادة الشهود لعدم ظهور عدالة هؤلاء وانما يمكن اقامتها اذا كان الختم باقيا **قوله** حتى لو مات او عزل قبل وصول الكتاب لا يقبله وفي الذخيرة واذا مات القاضي الكاتب قبل ان يصل الكتاب الى المكتوب اليه لا يعمل عندنا وقال ابو يوسف رحمه الله في الامالي وهو قول الشافعي يعمل وكذلك الجواب فيما اذا مات بعد وصول الكتاب اليه قبل القراءة لان وجوب القضاء على المكتوب اليه انما يكون عند القراءة فقبل القراءة لم يكن النقل تاما فيبطل (با)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشائخنا رَحِمَهُ اللهُ غَيْرَ مَعْرُوفٍ
ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة
ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما *

* فصل آخر *

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقدمها الوجه
وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء
دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه
على شرف الغوات لتوقفته فكان الامر به اذنا بالا استخلاف دلالة ولا كذلك القضاء
ولو قضى الثاني بمحض من الاول

بالموت فاما اذ مات بعد وصول الكتاب والقراءة فان المكتوب اليه يعمل به هكذا ذكر في ظاهر الرواية *
قوله بخلاف ما لو كتب ابتداء اي كتب من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا الى من
يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز توسع فيه لما ابتلي بالقضاء وأهما ان اعلام الكاتب والمكتوب
اليه شرط ويحصل الا اعلام بهذا والله اعلم *

* فصل آخر *

قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها
وقدمها الوجه وهو ما قال في اول الكتاب فلان حكم القضاء يستقن من حكم الشهادة لان
كلوا حد منهما من باب الولاية **قوله** ولا كذلك القضاء لان القضاء غير موقت لا يغتربا خيرة
عند العذر والجمعة موقتة تغتربا خيرة عند العذر اذ الم يستخلف ومن ولاية لما امره بذلك
مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنع من اداها في الوقت فقد صار راضيا باستخلافه (قوله)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي إلى القاضي ... فصل آخر)

أوقضى الثاني فجاز الأول جاز كما في الوكالة وهذا لأنه حضره رأي الأول وهو الشرط
وإذا فوض إليه يملكه فبصير الثاني نائبا عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله
(إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح) **قال** وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم
امضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع فإن يكون قولاً لا دليل عليه

قوله أوقضى الثاني أي بغية الأول فجاز الأول كما في الوكالة فإن الوكيل إذا وكل غيره
ولم يأذن له الموكل في ذلك فعقد وكيله بحضرته أو بغير حضرته وأجاز الوكيل الأول حاز
لان المقصود حضور رأي الأول وقد وجد وأن قيل الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء
وأنه لا يملك الإذن في الابتداء فلما أذيم ملكه في الانتهاء فلما أخل الخليفة رصي بقضاء حضره
رأي القاضي وقت نفوذه أما حكم الذي أذن له القاضي في الابتداء قضاء لم يحضره
رأي القاضي وقت نفوذه فلماذا علمت إجازة القاضي في الانتهاء ولم يعدل أذنه في الابتداء
وإذا فوض إليه ذلك أي الاستخلاف بأن قال له الخليفة ول من شئت كان له أن يولي
غيره وبصير الثاني نائبا عن الأصل أي الخليفة حتى لا يملك القاضي الأول عزله
ولا ينغرل بموته إلا أن يقول له الخليفة ول من شئت واستبدل من شئت فحسب ذيم ملك
عزله وإنما يكون هكذا لأن الخليفة أسارى تصرفه له ديانة وأمانة والناس يتفاوتون في ذلك
ولهذا قلنا أن الوكيل لا يملك التوكيل ولا يلزم على ما ذكرنا الوصي فانه يملك التقويض
إلى غيره توكيلاً وإيصالاً لأننا نقول أن إوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي
على الجري على موجب الوصاية ولا يمكن الرجوع إلى الموصي فيكون الموصي راضياً باستعانة
من غيره ولا يلزم وكيل المضارب في الشراء بمال المضاربة حيث ينغرل بموت المضارب ولا ينغرل
وكيل الوكيل بموت الأول لأن المضارب بمنزلة رب المال من وجهه ولهذا لم يملك رب المال
نهييه عن التصرف في مال المضاربة بعد ما صار مال المضاربة عرضاً ولا كذلك الوكيل الأول
قوله إلا أن يخالف الكتاب كما إذا قضى قاض بشاهد وبمبين فانه يخالف الكتاب لأنه تعالى (قال)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يردده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهب نفع عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء يتيقن وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكر والمراد بالسنة المشهورة منها

قال فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ومثل هذا انما يذكر لقصر الحكم عليه ولانه قال ذلك ادنى ان لا يرتابوا ولا مزيد على الادنى او السنة اي المشهورة منها كالحكم بنيت الحل بنفس العقد بدون الوطى فانه يخالف الحديث المشهور وهو حديث رفاعه لا حتى تذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتك او الاجماع كالحكم بجواز بيع متروك التسمية عمدا فانه مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذا خلاف ولا خلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول فالحكم بجواز بيع الدرهم بالدرهمين لا ينفذ لان الخلاف فيه محكي من ابن عباس رضي الله عنهما وقد انكرت عليه الصحابة رضي الله عنهم ذلك فلا يعتبر خلافه لرد الجمهور عليه *

قوله وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفائدة رواية الجامع الصغير ان الذي قضى به القاضي مختلف فيه بين الفقهاء والقاضي الآخر يرى غير ذلك ومع ذلك امضاه ولم يكن هذه الفائدة في رواية القدوري فلهذا جمع بين الروايتين هذا دابة في امثاله **قوله** والاصل ان القضاء متى لاقى مجتهدا فيه ينفذ ولا يردده غيره فقد صح عن عمر رضي الله عنه انه لما كثرت اشغاله قلد القضاء ابا الدرداء رضي الله عنه فاخصم اليه رجلان في شيء فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضي عليه فسأله (عن)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

وفيما اجتمع عليه الجمهور ولا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف

عن حاله فقال قاضي علي فقال لو كنت مكانه لقضيت لك فقال القاضي عليه وما يمنعك من القضاء فقال عمر ليس هناك والرأي مشترك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في حادثة بتضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقبل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي ولان الاجتهاد الثاني كالاول والاول تأيد باتصال القضاء الاول به فلا ينتقض باجتهاد لم يتأيد به لانه دونه والقضاء حق الشرع فيجب صيافته ومن صيافته ان لا ينتقض ولا يعترض عليه فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لما ذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا فيه روايتان ووجه النفاذ ان ليس بخطاء يتيقن ووجه عدم النفاذ انه زعم فساد قضائه فيعامل في حقه بزعمه وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى وفي الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى وفي الفصول محالا الى المحيط والذخيرة واذا قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا ينفذ قضاؤه وعامتهم على انه لا يجوزوا انما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا فيه قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا هو ظاهر المذهب *

قوله وفيما اجتمع عليه الجمهور ولا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف لا اختلاف يقال جمهور الناس اي جلهم واكثرهم يعني ان الاجماع ينعقد باجماع اكثر اهل الاجماع على حكم وان كان الاقل منهم يخالفهم لان العبرة للاكثر هذا بظاهرة بخلاف ما ذكره في نسخ اصول الفقه ان الاجماع لا ينعقد بمخالفة البعض وان كان المخالف واحدا حتى انهم اختلفوا في اجماع سبقهم فيه مخالف قال بعضهم هذا لا يكون اجماعا لان ذلك المخالف لو كان حيا للمحال لم ينعقد اجماع من سواه اجماعا فكذلك اذا كان ميتا لان اعتبار قوله دليله لا بحيوته وبموته لا يبطل دليله كذا في التقويم وغيره وهذا نص منهم على ان الاجماع لا ينعقد اذا كان المخالف حيا وان كان (و)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول *

وان كان واحدا وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في اصول الفقه وكان الكرخي رحمه الله يقول شرط الاجماع ان يجتمع علماء العصر على حكم فاما اذا اجتمع اكثرهم على شيء وخالفهم واحدا واثنان لم يثبت حكم الاجماع وهذا قول الشافعي رحمه الله ايضا لان النبي عليه السلام قال اصحابي كالجوام بايهم اقتديتم اهتديتم قلنا ولا بد من التوفيق بين المذكورين نسخ اصول الفقه من اعتبار مخالفة البعض وبين المذكورين وجهه ان المذكور في تلك النسخ فيما سوغوا للمخالف الاجتهاد ولم يكرروا عليه والمذكور فيما لم يسوغوا له الاجتهاد وانكروا عليه وتؤيد ذلك ما قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في اصول الفقه والاصح عندي ما اشار اليه ابو بكر الرازي رحمه الله ان الواحد اذا خالف الجماعة فان سوغوا له ذلك الاجتهاد لا يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة خلاف ابن عباس للصحابة رضوان الله عليهم في زوج وابوين وامرأة وابوين بان للام ثلث جميع المال وان لم يسوغوا له الاجتهاد وانكروا عليه قوله فانه يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة قول ابن عباس في حل التعاقل في اموال الربوا فان الصحابة لم يسوغوا له هذا الاجتهاد حتى روي انه رجع الى قولهم وكان الاجماع ثابتا بدون قوله *

قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول فقال في الذخيرة انما اعتبر الخصاص رحمه الله الخلاف بين المتقدمين والمراد من المتقدمين الصحابة ومن معهم من بعدهم من السلف ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي والعبرة لتحقيق الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدا فيه وفي المنتقى يشير الى ان العبرة لاشتباه الدليل لتحقيق الاختلاف الا ترى ان القاضي لو قضى بابطال طلاق المكره نفذ قضاؤه لانه قضاء في فصل مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل لان اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه وكذلك لو قضى في حدا وقصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف رأيه فانه ينفذ قضاؤه ولا يبطله وليس طريق (نفذ)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي إلى القاضي ... فصل آخر)

قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ
و كذا إذا قضى باحلال

نفاذ قضاء الأول في هذه الصورة حصوله في محل مختلف فيه لأنه لم يبلغنا الاختلاف فيه
وانما طريقه ان القضاء حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من اهل الشهادة وظاهر قوله تعالى
فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقا نظرا الى اللفظ
وانه وان ورد في باب المدائنة الا ان العبرة عندنا للعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولم يرد نص
قاطع في ابطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بغير الشهود
نفذ قضاؤه لان المسئلة مختلفة فيها عمالك وعثمان البستي كذا يشترط ان الاعلان لا الشهادة حتى
لو حصل الاعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح وقد اعتبر نكاحهما لان الموضع موضع
اشتباه الدليل لان اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي ان لا يشترط الشهادة *

قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ
فمن صور التحريم ما اذا دعت المرأة على زوجها انه طلقها اثلثا وافامت على ذلك شهود زور وقضى
القاضي بالفرقة بينهما وتزوجت بزواج آخر بعد انقضاء العدة فعلى قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف
الأول رحمهما الله لا يحل للزوج الأول وطئها ظاهرا وباطنا ويحل للزوج الثاني وطئها ظاهرا وباطنا علم
بحقيقة الحال ان الزوج الأول لم يطلقها بان كان الزوج الثاني احدا شاهدين او لم يعلم بحقيقة الحال
بان كان الزوج الثاني اجنبيا ما على قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله لا يحل
للتاني وطئها اذا كان عالما بحقيقة الحال لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بحقيقة الحال
يحل له وطئها وهل يحل للأول وطئها على قول أبي يوسف الآخر قيل لا مع انه لم تقع الفرقة عنده
باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان على قول
أبي يوسف الآخر يحل للأول وطئها سرا وعلى قول محمد يحل للأول وطئها ما لم يدخل بها الثاني
فاذا دخل بها الثاني الآن لا يحل للأول وطئها سواء كان الثاني يعلم بحقيقة الحال (او)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ
بشهادة الزور وقد مرت في النكاح *

اولم يعلم ومن صور الاحلال رجل ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد واقام عليها
شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطئها وحل للمرأة التمكين منه
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في قوله الاول وعند محمد وابي يوسف في قوله
الاخر لا يحل لهما ذلك وهو قول زقرو الشافعي رحمهم الله ويعني بالنفاذ ظاهرا ان يسلم
المراة الى الرجل ويقول سلمي نفسك اليه فانه زوجك وبالنفاذ باطنا ان يحل له وطئها ويحل
لها التمكين فيما بينهما وبين الله تعالى لهم ان شهادة الزور حجة ظاهرا باطنا فينقض القضاء
بها ظاهرا باطنا لان القضاء انما ينفذ بقدر الحجة وشهادة الزور باطلة باطنا فكيف ينفذ باطنا
فصار كما لو كان الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في قذف والمشهود له يعلم حالهم والقاضي
لا يعلم فان قضاءه ينفذ ظاهرا باطنا وكما لو قضى بنكاح منكوحة الغيرة ومعتدة الغير بشهود الزور فانه
ينفذ ظاهرا باطنا اجماعا وله ان القضاء اظهر لعقد سابق ولا بد من عقد سابق فيها والاتقدم العقد
اقتضاء ضرورة صحة الاظهار لينقطع المنازعة بينهما من كل وجه اذ لو لم يثبت الحل بينهما باطنا
يكون هذا تمهيدا للمنازعة بينهما لا قطعان قيل لو كان قضاؤه متضمنا لانشاء العقد سابقا فليشترط
الشهود عند قوله قضيت قلنا قد قال شمس الائمة السرخسي رح وغيره انه لا ينفذ باطنا عنده
بقوله قضيت الا بمحضر الشهود وقيل يصح النكاح بغير محضر منهم لانه انما يثبت مقتضى
صحة قضاؤه في الباطن وما يثبت مقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله اعتق
عبدك عني على الف بخلاف ما اذا كان الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في قذف
لان الوقوف على هذه الاشياء ممكن فلم يصير شهادة هؤلاء حجة من كل وجه فاعتبر حجة
ظاهرا والوقوف على حقيقة الصدق متعذر فبني الامر على كون الشهود صدقة عنده *

قوله اذا كان الدعوى بسبب معين بان ادعى جارية بسبب الشراء من رجل وادعى (على)

(كتاب القضاء ... باب كتاب لقاضي الشيخ القاضي ... فصل آخر)

قال ولا يقضى القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فيظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لنقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولا نه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكرتم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف رح

على امرأة نكاحا اذا ادعى ملكا مطلقا بان ادعى جارية بانها ملكه ولم يذكر السبب واقام على ذلك بينة وقضى له بها لا يحل له وطئها بالاجماع لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب اولى من البعض لتراحمها اذ الملك يثبت قارة بالشرعي واخرى بالارث وغيره فلا يمكن اثبات السبب سائبا على القضاء بطريق الاقتضاء واثبات الملك مطلقا بلا سبب ليس في وسع العباد وفي النكاح 'الشراء' يقدم النكاح او الشراء اقتضاء نصحيحا للقضاء والقاضي ولا ية على ان يملكه ذلك السبب في الجدل فينفذ قضاءه باطبا وفي الهبة والصدقة روايتان عن ابي حنيفة رح وفيه اذا ادعى شراء جارية اتى من قيمتها بغبن فاحش قال بعضهم لا ينفذ باطلا لان فيه تبرع بمقدار الغبن وقال بعضهم ينفذ باطلا عنده كما في سائر المبادلات *

قوله ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشبه وجه القضاء فان قيل لو حضر الخصم ولم ينكر وسكت سمعت عليه البينة مع ان سكوته محتدل للاقرار فلان القاضي يجعل سكوته من اليقين اقرارا وبذلك الحق **قوله** لان احكامهما مختلفة اي احكام القضاء مع البينة عند الانكار واحكام القضاء مع الاقرار فان حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافة وعلى الاصيل لا على الاقتصار في الحال وحكم القضاء بالاقرار بخلافه بانه رجل اشترى جارية فولدت صندة فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقربها لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كما سمها بمينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا من جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على البعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لا تعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض (قوله)

(كتاب القضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

ومن يقوم مقامه قد يكون نائباً بانابته كالوكيل او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكماً بان كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب

قوله ومن يقوم مقامه اي قوله في اول المسئلة الا ان يحضر من يقوم مقامه فالمراد منه ان يكون بانابته كوكيله او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وفي المسخر من جهة القاضي اختلاف الروايتين وفي الذخيرة اذا نصب القاضي مسخراً عن الغائب لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه وتفسير المسخر من جهة القاضي ان ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب لسمع الخصومة عليه **قوله** حكماً اي من يقوم مقامه من حيث الحكم بان كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر اي سبباً لا محالة كما اذا ادعى داراً في يد رجل انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وانكر ذواليد وقال الدار داري واقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب لان ما يدعي على الغائب وهو الشري منه سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشري من المالك سبب له لا محالة وكما اذا ادعى على رجل انه قتل عن فلان بما يدوب له عليه واقرا المدعي عليه بالكفالة وانكر الحق فاقام المدعي عليه البينة انه ذاب له على فلان الف درهم فانه يقضى بهافي حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت اليه انكاره وكما اذا ادعى الشفعة في دار انسان وقال ذواليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذاليد اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وهو يملكها وانه شفعها يقضى بالشري في حق ذى اليد والغائب جميعاً اما اذا لم يكن سبباً لا محالة لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب كما اذا قال لامرأة رجل غائب ان زوجك وكلني ان احصلك اليه فقالت المرأة انه كان طلقني ثلثاً واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في تصريد الوكيل منها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر الطلاق فالمرأة (تحتاج)

(كتاب النضاء ... باب كتاب القاضي الى القاضي ... فصل آخر)

اما اذا كان شرط الحقة فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع *
قال ، يقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحة لهم لبقاء
الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة لتحفظه وان اقرض الوصي
ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

تحتاج الى اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لثبوت
ما يدعى على الحاضر وهو قصر يد الوكيل لا محالة فان الطلاق متى تحقق فلا يوجب
قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا بالحمل
قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه
دون وجه فقلنا انه يقضى بقصر يد الوكيل ولا يقضى بالطلاق والعناق عملا بهما *

قوله اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر في جعله خصما عن الغائب هذا قول عامة المشائخ
فاما على قول بعض المتأخرين منهم فخر الاسلام علي البزدوي وشمس الاسلام محمود
الاوزجندي رحمهما الله فالشرط اعتبار ايضا كما للسبب لان دعوى المدعى كما يتوقف
على السبب يتوقف على الشرط ايضا وصورة رجل قال لامرأته ان طلق فلان امرأته
فانت طالق ثم ان امرأة الحالف ادعت على الحالف ان فلانا طلق امرأته وفلان غائب
واقامت البينة لا تقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها وقد افتى بعض المتأخرين
بقبول هذه البينة هذا اذا كان شرطا يتضرر به الغائب اما اذا كان شرطا لا يتضمن ضررا كما
لو قال لامرأته ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان المرأة اقامت البينة ان فلانا
دخل الدار وفلان غائب تقبل هذه البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها **قوله** ويقرض القاضي
اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق وان اقرض الوصي ضمن والفرق ان القرض تبرع
ابتداء معاوضة انتهاء لما انه قطع الملك عن العين بيدل في ذمة المفلس لان الاستقرار
في العادات ممن هو مفلس ولهذا حل محل الصدقة وزاد عليها في الثواب لزيادة الحاجة (هنا)

(كتاب القضاء باب التحكيم)

* باب التحكيم *

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والنصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى

هنا فاعتبر معاوضة في حق القاضي لان البدل مأمون التوى باعتبار علم القاضي ولتمكنه من الاسترداد متى شاء لماله من الولاية وتبرعا في حق الوصي والاب في اصح الروايتين لانه لا يتمكن من الاسترداد فربما جحد المستقرض ولا يجد شهودا يوافقونه على اداء الشهادة ولو وجد فساكل بينة يعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجثوبين يدي القاضي ذل وصغار فكان اضرارهم فلهذا لا يملكه وكذا يملك اقراض مال الغائب والاب بمنزلة القاضي في رواية لان ولاية الاب يعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يأمن جحوده وان اخذه الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه قال ليس للاب ان يستقرض مال الصغير لنفسه ثم فرع عليه الخصاص في ادب القاضي فقال ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم مال اليتيم لو اختل احد منهم اخذ المال من يده لان القاضي وان كان له استرداد المال شرعا لكن تمكنه من الاسترداد من الموسر دون المعسر الا ترى انه لو كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز له ان يقرضه مال اليتيم فكذا لا يترك ماله على المفلس ايضا *

* باب التحكيم *

قوله واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز والاصل فيه قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريد اصلاحا يوفق الله بينهما والمراد منه تحكيم الزوجين لاختيارا لمقام او لاختيار الفرقة والصحابة رضى كانوا مجمعين على جواز التحكيم (قوله)

(كتاب القضاء باب التحكيم)

ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهنهما فلا يحكم الا برضاها
جميعا واذا حكم لزمهما الصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق
مذهبه امضا لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه
لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما
ولهذا لا يملكان الا باحة (فلا يستباح برضاها) قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل
على جواز التحكيم في سائر المجتهدات (كالطلاق والنكاح وغيرهما) وهو صحيح الا انه
لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكماة في دم خطاء فقصي
بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهنهم ولو حكم
على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه

قوله ولكل واحد من المحكمين ان يرجع فان قيل التحكيم ثبت باتفاقهما فينبغي ان لا يصح
الاخراج الا باتفاقهما قلنا اذا لم يرخص احدهما بهذا التحكيم فلا يبقى التحكيم كما لا يثبت
ابتداء بلا رضاه **قوله** وان خالفه ابطله لان لهما ولاية على انفسهما وليس لهما ولاية
على القاضي وقد كان للقاضي رأي في هذه الحادثة لو ارتفع اليه فلا يطل رأيه بحكم الحكم
قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لان حكم المحكم بمنزلة الصلح فكل ما يجوز
استيفاءه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا فلا والحدود والقصاص لا يجوز استيفاءهما
بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما وفي الذخيرة ويجوز التحكيم في القصاص هكذا ذكر في صلح
الاصل وفي كتاب الاقضية لان القصاص من حقوق العباد فهم يملكان الاستيفاء بانفسهما
فيملكان التفويض الى غيرهما قياسا على سائر حقوق العباد وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
ان لا يجوز **قوله** تخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات
بحوال كنايات فانهار واجمع والطلاق المضاف وهو الصحيح* الا انه لا يفتى به ويقال
يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام (قوله)

(كتاب القضاء ... مسائل شتى)

ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل لان قضاء الولاية كقول المولى بعد العزل وحكم الحاكم لاتبوه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لما كان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله اعلم بالصواب *

* مسائل شتى من كتاب القضاء *

قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة صدا بي حنيقة رح معناه بغير رضاء صاحب العلو وقال يصع ما لا يضرب بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبنى على علوه

قوله ومخالف للنص وهو حديث حمل بن مالك ان النبي عليه السلام قال للاولياء قوموا فدوه **قوله** ولو اخبر باقرار احد الخصمين يعني لو قال المحكم بينهما لاحدهما قد اقررت عندي اهذابكدا وكذا اقامت عندي عليك بيينة لهذا ابكدا وكذا فعند لو اعندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك وانكر المقضي عليه ان يكون اقرعنده بشيء او قامت البينة عليه بشيء لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه ونفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم بذلك فيملك الاقرار كالمقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او بيينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكداها الا ان يخرج من الحكم او يعزله عنه قبل ان يقول قد حكمت عليك ثم قال المحكم بعد ذلك لم يصدق *

* مسائل شتى من كتاب القضاء *

قوله ان بني على علوه يعني زيادة على ما كان

(كتاب القضاء ... مسائل شتى)

قيل ما حكى عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فمنع عنه **قال** واذا كانت زائفة مستطيلة تنشعب منها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائفة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائفة القصوى لان فتحه للمرور ولاحق لهم في المرور اذ هو لا هلاها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قبل المنع من المرور لان فتح الباب لانه رفع جدارة والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة

قوله قيل ما حكى عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح يعني ان ابا حنيفة رح انما منع صاحب السفلى من ان يتدفع فيه وتد او ان ينقب فيه كوة لان صاحب العلو متضرر به ولولم يتضرر به لا يمنع كما هو قواهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلا مجمعا عليه **قوله** تعلق به حق محترم اي تعلق بالسفل حق صاحب العلو وهو حق البناء فيكون المانع راجحا وهذا الان بالمنع يفوت المنفعة دون العين وبالاطلاق يفوت حق صاحب العلو في العين والمنفعة جميعا فكان ضرر الاطلاق راجحا **قوله** على انه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو اشارة الى ان القياس قول ابي حنيفة رح فوجب منعه **قوله** واذا كانت زائفة مستطيلة ينشعب عنها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة اي الزائفة الثانية المنشعبة ولا فرق في الاولى بين ان تكون نافذة او غير نافذة في ان لاحق لاهلها في المنشعبة بخلاف ما اذا كانت المنشعبة نافذة لان المرور فيها حق العامة فلا هلاها في الاولى فتح الباب فيها وذكر الامام التمرناشي رح سكة طويلة غير نافذة في اسفلها من جانب اليمين او الشمال زقيقة طويلة غير نافذة فليس لاحد من اهل السكة ان يفتح بابا على جداره من الزقيقة لانه لاحق له فيها *

(قوله)

(كتاب القضاء ... مسائل شتى)

ولانه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب وانكالت مستديرة قد لزق طرفاها
فلهم ان يفتحوا بابا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا
يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها *

قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة
الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح
على معلوم من مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفتني الى المنازعة على ما مر

قوله ولانه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب لانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد
ربما يدعي الشركة في الطريق في تلك الزائفة ويستدل على ذلك بالباب المركب ويكون
القول قوله من هذا الوجه فيمنع منه **قوله** ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم
صالحه منها فهو جائز ذكر في بعض شروح الجامع الصغير انما يصح الصلح اذا كان المدعى معلوما
بان ادعى مثلا ثلثا او ربعا ونحو ذلك فاما اذا ادعى دعوى ولم يبين ان المدعى ثلث او ربع
او نحو ذلك لا يصح الصلح لان الصلح انما يصح لافتداء اليمين والافتداء انما يكون اذا توجهت
اليمين واليمين انما توجه اذا صحت الدعوى فاذا لم تصح فلا يكون الصلح افتداء فان ادعى
حقا فيها فانما يصح الصلح اذا ادعى اقرار صاحب اليد بالحق فيها حتى يصح الدعوى
هكذا قيل الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئا لا يصح الدعوى ولو ادعى عليه
انه اقر له بشي يصح الدعوى لجهالة المدعى في الاول دون الثاني وقال بعضهم يصح
الصلح وان لم يبين مقدار ما يدعي لان الصلح انما يصح لدفع الشغب وقطع الخصومة وهذا
المعنى يمكن تحقيقه في الدعوى الفاسدة لان الدعوى وان كانت فاسدة فالمدعى
يمكنه ازالة الفساد باعلام المدعى فيحقق معنى الشغب والخصام وهذا يندفع بالصلح
ولهذا لو ادعى رجل نكاحا على امرأة وهي تنكر انصالحته على مال جائز بالاتفاق
وان لم يستخلف عنده ابي حنيفة رحمه الله (قوله)

قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت كذا فستل البيعة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام المدعى البيعة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل بيعة لظهور التناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون بانها قبلها ولو شهدوا به بعد ما تقبل الوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البيعة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا كره في بعض النسخ لان دعوى الهبة انفراد منه بالملك المراءى عندها ودعوى الشراء رجوع عنه بعد ما قضى بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقدر ماله عندها ومن قال لا خراش تربت عني هذه الجارية فانكر الاخران اجمعين البائع على ترك الخصومة وسعدان يطاها لان المستري لما جحدته كان فسخا من جهته اذ النسخ يثبت به كما اذا نجا احدا اذا اعزم البائع على ترك الخصومة ثم النسخ

قوله ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فستل البيعة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام البيعة على الشراء قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل اظهر التناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة لانه قال جحدني الهبة فاشتريتها منه والفاء للتعقيب وهم يشهدون به قبله ما ادعوا التناقض بين الدعوى والشهادة ولو شهدوا به بعد ما تقبل الوضوح التوفيق يريد به لو ادعى الشراء بعد ما ادعى الهبة وشهدوا به بالشراء بعد الهبة تقبل الوضوح التوفيق لانه يدكنه ان يقول وهب منه شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع وهذه المسئلة تدل على ان التناقض انما يجمع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق اما اذا امكن فلا كذا ذكر في الافضية وذكر في روايته ان التوفيق من المدعى شرط وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق من غير دعوى المدعى قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البيعة على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا لانه وان كانت الشهادة موافقة للدعوى الا انه متناقض في الدعوى لان دعواه الهبة منه في وقت يكون انفرادا بانها كانت مملوكة له في ذلك الوقت ثم دعواه الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك (١)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضا هيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضاء البائع فيستبد بفسخه

الاقرار بالرجوع عن الاقرار لا يتمكن من اثبات الدار بالبينة واماد عراه الشراء بعد ذلك يقرر اقراره بالملك في ذلك الوقت فيتمكن من اثباته بالبينة فان قيل ينبغي ان لا تقبل بينته في هذا الوجه ايضا لان ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة قلنا اذا جحد الهبة نقد فسخها از جحد ما عدا الكاح من العقود فسخ له بخلاف الكاح لانه لا يحتمل الفسخ فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق الآخر على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ وتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما فاذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه صحح *

قوله وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ الى آخره جواب شبهة وهي ان يقال كيف يثبت الفسخ بعزم البائع على الفسخ وفسخ شيء من العقود لا يثبت بمجرد العزم الا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ العقد بمجرد عزمه فاجاب ان العزم تداعون بفعله وهو امساك الجارية ونقلها وهما ايضا هيه كالا استخدام الا ترى ان من قال الاخر اخرجتكم هذه الدابة يوما بكذا التركيبها الى مكان كذا فاخذها المستاجر وذهب بها او ركبها ان ذلك يكون قبولا كذا هنا وكذا في المحيط وتفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد النية **قوله** فيستبد بفسخه وفي النوائد هذا فسخ من الاصل لكونه مضطرا الى هذا الفسخ ويشتري عليه مسئلة ذكرها في بيوع الجامع وهي ان الرجل لو اشترى من رجل عبدا بالف درهم وتقابضا وباعه من آخر فجحد المشتري الآخر البيع فخاصه المشتري الاول الى القاضي ولم يكن له بينة فعزم المشتري الاول على ترك الخصومة ثم وجد به عيبا كان عند البائع الاول فاراد رده عليه فاحتج عليه البائع بدعواه البيع على الثاني فالتاضي برده عليه (و)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

قال ومن اقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اتضى وهو عبارة عن القبض ايضا وجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا يجوز بها في الصرف والسلم جازوا القبض لا يختص بالجداد فيصدق لانه انكر قبض حقه

وهذا اذا عزم المشتري الاول على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني اما اذا عزم على ذلك قبل تحليفه فليس له ان يخاصم بآئعه في الرد بالعيب لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لجواز انه متى حلفه نكل فاعتبر بيعا جديدا في حق الثالث بخلاف النكاح فان الزوج اذا جحد النكاح واستحلف عندهما فحلف وعزمت المرأة على ترك الخصومة لم يكن لها ان تتزوج بزواج آخر لان النكاح لا يحتمل الفسخ سائر الاسباب فكذا بهذا السبب بخلاف البيع *
قوله ومن اقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق اي وصل ام فصل وفي بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير اقتضى مكان قبض **قوله** ولهذا يجوز بها في الصرف والسلم جازوا وانما عينهما لان استبدال شيء ببقابلة الدراهم لا يجوز فيهما خاصة ولولم يكن الزيوف من جنس الدراهم كان قبض الزيوف مكان الدراهم استبدال الجنس آخر فيبطل عقد الصرف حينئذ كما يبطل عند قبض الستوق والزيف ما يرفع بيت المال اي ردة وفي المغرب زافت عليه دراهمه اي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت وقبل هي دون النهرج في الرداءة لان الزيف ما يرفع بيت المال والنهرج ما يرفع التجار النهرج الدرهم الذي فضته ردية وقيل الذي الغلبة فيه للفضة وقيل استعير لكل ردي باطل ومنه نهرج دمه اي ابطال الستوق بالفتح ارد من النهرج ومن الكرخي الستوق عندهم ما كان الصفر والنحاس هو الغالب وفي المبسوط الستوق كالفلوس فانه صفر مموه من الجانبين وهو معرب سه طاقه اي الطاق الاعلى والاسفل فضة والوسط صفر

(قوله)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

بخلاف ما اذا اقرانه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقرار قبض الجياد صريحا
او دلالة فلا يصدق والنهرجة كالزبوف وفي المستوفى لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم
حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز والزيف مازيفه بيت المال والنهرجة ما يرد به التجار
والمستوفى ما يغلب عليها الغش ومن قال لاخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء
ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد
برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره
اشتريت وانكر له ان يصدق لانه لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد
والمعنى فيه انه حقهما فبقي العقد فيعمل التصديق

قوله بخلاف ما اذا اقرانه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى اي لا يصدق فيما اذا
ادعى الزيادة بعد ذلك لانه تناقض اما الاول فظاهر وكذا في غيره لان حقه في الجياد
فكان الاقرار قبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياد وكذا الاقرار قبض الثمن والاستيفاء
عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه ايضا وقيل في غير الجياد صدق
موصولا وذكر الامام التمر تاشي رحمه الله فان اقر قبض حقه او الجياد او بالاستيفاء
ثم ادعى الزيادة لم يصدق لان الاستيفاء يستعمل في قبض الحق وحقه جياد وقد اقر
بقبضه وكذا لو اقر قبض الذي له عليه ثم ادعى الزيادة وان وصل فانقياس كذلك
وفي الاستحسان يصدق لانه ادعى مجازا كلامه متصلا اي قبضت حقي ذاتا لا صفة
قوله بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدق لانه لا يتفرد بالعقد وكذا الاقرار
بالعين ولو صدق ثم رد لا يرتد اما الاقرار بالبيع لا يرتد برد المقر له وله ان يصدق بعد الرد لان
احد العاقدين لا يتفرد بالفسخ فبرده لا يفسخ البيع فلو صدق بعد ذلك والعقد قائم عدل تصديقه
والعلامة النسفي ذكر في الكافي اشكالا في هذا الموضع فقال ذكر في الهداية لان احد المتعاقدين
لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد لانه حقهما فبقي العقد فيعمل التصديق وذكر قبله ولا نهما (تغذر)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

اما المقر له يتفرد برد الاقرار فاقترقا **قال** ومن ادعى على آخر ما لا فقال ما كان لك على شيء فظافا المدة المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بيئته وكذلك على الابرأ وقال زفره لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولما ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبر منه فيكون دفعا للخصومة الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيشت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء فظان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا عرفك لم يقبل بيئته على القضاء وكذا على الابرأ تعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذوا عطاء وفضاء واقتضاء ومعاملة مصالح تدون المعرفة وذكر التدوير رح انه تقبل ايضا لان المجتنب او المخدرة قديون بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق

قال ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك فظافا المدة البينة على الشرى فوجد بها اصبعاً زائدا فاقام البائع البينة انه برى اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع

تعذر استيفاء الثمن من المشتري فاترضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب قلت لاتناقض بين كلاميه فيحتاج الى التوفيق لان مراده بقوله لان احد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ فيما اذا كان الآخر على العقد معترفا به كما اذا قال احدهما اشتريت وانكر الآخر لا يكون انكاره فسخا للعقد اذ لا يتم به الفسخ وفيما اذا قال اشتريت مني هذه الجارية وانكرها المدعي للعقد هو البائع والمشتري ينكر العقد والبائع بانعراة على العقد فيستبد بفسخه ايضا *

قوله اما المقر له يتفرد برد الاقرار بخلاف ما لو اقر بنسب عيده من انسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند ابي حنيفة رح لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرد بالرد **قوله** لان التوفيق فيه اظهر لان كلمة ليس لنفي الحال فصار كانه قال ليس لك على شيء في الحال لاني قد قضيت حقك الا ترى انه لو صرح به بصح **قوله** فيا امر بعض وكلائه بارضائه لا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق فظان (هذا)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

وعن أبي يوسف رح انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة التي غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر *

هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على البراءة في هذا الفصل باتفاق الروايات لان البراءة يتحقق بلا معرفة *
قوله وعن أبي يوسف رحمه الله انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا في الدين وهو ان يكون البائع وكيلًا من المالك في البيع فكان المالك في قوله ما بعته صاد قائم المالك في دعواه براءته من كل عيب لا يكون مناقضا ونظير ما ذكره أبو يوسف رح من التوفيق ما ذكره الامام الترمذ في قال اقام البينة على الشراء وذواليد ينكر ثم اقام المنكر بينته على ان المدعى قد رد المبيع علي قبلت ولا يبطل انكاره البيع البينة لانه يقول اخذها مني بينته كاذبة ثم استقلته فاقالني فاذا امكن الجمع بينهما جمع وذكر شيخ الاسلام رحمه الله يجب ان يتناقض لانه زعم انه لم يبع ثم ادعى البيع والفسخ والجواب عنه انه انما يتحقق المناقضة اذا لم يمكن التوفيق بين الكلامين وقد امكن بان يقول لم ابع بنفسى وانما باعه وكيلى ثم فسخت البيع فيحمل عليه فان قيل ارتفع انكاره بقضاء القاضي فصار مكذبا فلا يكون مناقضا كما اذا رد المشتري المبيع المعيب على البائع بقضاء حيث يكون له الرد على بائعه وان انكر قيام العيب لانه صار مكذبا شرعا قلنا التناقض اذا كان مبناه على الخفاء لا يمنع صحة الدعوى كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيدها على الاعتاق قبل الكتابة اذا الزوج والمولى يستبدان وثم كذلك لجواز ان لا يكون المشتري مطلعًا على العيب فانكر بناء عليه ثم لما اقيمت البينة علم الآن فاراد الرد ولا كذلك ههنا لان مبناه ليس على الخفاء لانه ادعى فعل نفسه فان قيل يشكل بما اذا ادعى رجل على آخر ان له على فلان كذا وان هذا كفيلا عنه بامره فقضى القاضي عليه بالبينة بعدما انكر فله ان يرجع (على)

(كتاب القضاء مسائل شتى)

قال ذكر حق كذب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى
او كذب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا
عندنا يحنيفة ر ح وقالوا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما
استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر الاستثنائي وكذا الاصل
في الكلام الاستبعاد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات
المعطوفة مثل تولد عبده حروا مرأتها طلق وعليها الماشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى

على المكفول عند عدم ادعى الى المدعى عند خلافه فرفر رحمه الله ما لم يكدب شرعا والتناقض
ليس في محل الخفاء فلما انه انكر الكفالة دون الامر وهو منفصل عنها فانكارها لا يكون انكار الامر
والرجوع باعتبارها وقد ثبت بالبينة وقد ادعى دينه فاستوجب دينا عليه بخلاف مسئلتنا لان البراءة
من كل عيب لا تنصح بدون البيع فانكار البيع انكار للبراءة فدعوى البراءة تناقض *

قوله ذكر حق اي كتاب اقرار يدين **قوله** ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه يعني
من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولا يذ لك فان قيل لماذا يكتب هذا ولا يصح
التوكيل على هذا الوجه لانه توكيل المجهول والمجهول لا يصلح وكيلنا الغرض من كتابة هذا
اسقاط ولا يقدام المديون عن استماع خصومة التوكيل فان التوكيل بغير رضى الخصم لا يلزم
عندنا يحنيفة ر ح وعلى تقدير الرضاء ههنا يلزم التوكيل بلا رضائه فان قيل ان هذا رضى
بتوكيل المجهول فيكون وجود هذا الرضاء وعدمه بمنزلة كالاقرار للمجهول قلنا انما يصح الرضاء
بالتوكيل لانه اسقاط حقه فان للمقران لا يرضى بتوكيل المقر له لما يلحقه من الضرر وقد اسقط
حق نفسه واسقاط حقه مع الجهالة جائز بخلاف الاقرار لانه اظهار لا اسقاط وقيل هذه المسئلة فرع
لهذا الاصل وهوان هذا الكلام لما كان محتاجا اليه ليكون حجة لمن اخرج هذا الصك فهذا الكلام
لم يوجب فصلايين الاستثناء وصدر الكلام وعندهما حشوا لا يحتاج اليه فكان فاصلايين الاستثناء
وصدر الكلام **قوله** او كذب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه اي لو كذب صك الشراء (و)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به وبصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب *

* فصل في القضاء بالمواريث *

قال واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال رفررة القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف اليه اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليها ما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا

وكتب في آخره فما ادرك فلا نفيد من ذلك فعلى فلان خلاص ذلك فان قيل هذا الكلام لغو لان الخلاص على فلان لانه ضمان الثمن وهو عليه شرط اولم يشترط قلنا يكون اشتراطه توكيد او فيه تحرر عن قول ابن ابي ليلى لان عنده لارجوع بدون الشرط *

قوله ولو ترك فرجة اي بين ذكر الشراء وذكر الخلاص قالوا لا يلتحق به وبصير كفاصل السكوت اذا الفرجة في الصكوك كالسكوت في النطق والله اعلم *

* فصل في القضاء بالمواريث *

قوله تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة يعني اذا اختلف الاجر والمستاجر في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه بعد مضي مدة يجعل الحال حكما فيه حتى لو كان الماء جاريا في الحال كان القول قول الاجر وهو رب الطاحونة ولو كان منقطعا كان القول قول المستاجر **قوله** وما ذكره يعتبره للاستحقاق والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق **قوله** فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال فالاحاصل ان المرأة تتمسك في هذه المسئلة بما تمسك به الورثة في المسئلة الاولى والورثة في هذه المسئلة يتمسكون بما تمسكت (به)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

قال ومن مات وله في بدرجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقران ما في يده حق الوارث خلافة نصاركما اذا اقرانه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقرارجل انه وكيل المودع بالتقبض او انه اشتراه منه

به المرأة في المسئلة الاولى غير انها في المسئلتين تتمسك بالظاهر لاثبات الاستحقاق والظاهر بكفي لدفع الاستحقاق للاثباته والورثه هم الدافعون جميعا في المسئلتين فان قبل الماء اذا كان جاريا في مسئلة الطاحونة يجعل الماء حجة لصاحب الطاحونة حتى يقضى بالاجر على المستاجر فقد تمسكت بالحال لاثبات استحقاق الاجر ثلثا ثم اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التاكيد والظاهر يصلح حجة للتاكيد ولبقاء ما كان على ما كان وفي مسئلة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة يؤيده ما ذكر في المبسوط انه لو لم ينتقض الاجارة حتى عاد الماء لزمته الاجارة فيما بقي من الشهر وان كان يوما واحدا فلم يكن له ان ينقضها لزوال العذر ويمكنه من الانتفاع فيما بقي من المدة علم انهما اتفقا على السبب الموجب في الحال فان قيل هذا يشكل بمسئلة ذكرها محمد رحمه الله في الاصل اذا مات الرجل وترك ابنين فقال احدا لابنين مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حيوته وقال الآخر صدقت وكنت ايضا مسلما اسلمت حال حيوته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال انما اسلمت بعد موت الاب فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلام الابن المختلف في اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البينة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلف في الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال اما اذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير انهما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما الا ترى في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانتفاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستاجر كان الماء منقطعا شهرين (و)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعدموته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه * فلو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال الاول لانه لما صح اقراره الاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره الثاني كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر الاول لا مكذب له فصيح وحين اقر الثاني له مكذب فلم يصح *

قال واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقال لا ياخذ الكفيل

وقال صاحب الطاحونة لابل انقطع الماء شهر افا لقول قول المستاجر مع يمينه منقطعا كان الماء او جاري باقى الحال لانهما اختلفا في جريان مقدار وانقطاع مقدرو ذلك غير ثابت للحال فكذا الاختلاف هنا في مقدار مدة الاسلام لافي نفس الاسلام انه كان او لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا الاسلام المقدرفهذاهوالمأخذ في المسئلة *

قوله حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان صاحب اليد مقربا به ملك الغائب وهو حي ويده في الودعة يد الغائب فلا يملك ابطال يده وملكه باقراره وفي تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير بزعمه وهنا زعم ان الميتم لم يبق مالكا وان المالك هو الوارث فلم يكن في تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير فلو دفع هل له ان يسترده قال شيخ الاسلام علاؤ الدين رحمه الله ليس له ان يسترده لانه ساع في نقض ما اوجبه وروى عن ظهير الدين المرغيناني رحمه الله انه ترد في ذلك ولولم يدفع حتى هلك في يده قبل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله **قوله** وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال الاول وهل يضمن الثاني اذا دفع الى الاول بغير قضاء يضمن نصفه للثاني كذا في النهاية (قوله)

(كتاب القضاء فصل في الضفاء بالمواريث)

والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود ولا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي
ناظر الغيب والظاهران في التركة وارثا غائبا او غيرهما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاج
لنفاة كما اذا دفع الآبق والملقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله
لا بحقيقة روح ان حق الحاضر ثابت قطعا وظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل

والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود ولا نعلم له وارثا غيره
اما اذا قالوا لا نعلم له وارثا غيره دفع اليه من غير كفيل ولا تان عندهم ولو شهدوا انه
ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لانعرف
له وارثا غيره فان القاضي يلزم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر يقسم المال
بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه وبطل يأخذ كفيل بمان دفع اليه قال ابو حنيفة رضي الله عنه
لا ريب ان ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يأخذنم انما يدفع الى الوارث الذي حضر
جميع المال بعد التلوم اذا كان هذا الوارث ممن لا يتحجب بغيره كالاب والابن اما اذا كان
ممن يتحجب بغيره كالجد والاخ والعم لا بدفع المال اليه مالم تقم البينة على عدد الورثة
او يشهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غيره وقال الامام الترمذي رحمه الله والوقال المودع
لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالتاضي يتأني في ذلك زمانا على حسب ما يرى
ذكر بكر رحمه الله ان في كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا
الى القاضي وقدر الطحاوي رحمه الله مدة التلوم بالحول فان لم يظهر وارث آخر
يدفع المال ويأخذ كفيل لاحتمال ان يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند ابو حنيفة رحمه الله
لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاتراردون الثابت بالبينة كذا في النهاية
قوله واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله وهي امرأة تستفق وزوجها غائب وله
عند رجل ودبعة والمودع مقر بالودبعة والزوجة فالتاضي يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيل
قوله ان حق الحاضر ثابت قطعا اي فيما اذا لم يكن وارثا آخر وظاهرا اي فيما اذا كان (وارث)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

كمن اثبت الشرى ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل ولا ان
المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج (في ماله) ثابت
وهو معلوم واما الابق واللفظة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلمة اللفظة
او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله وهو ظلم اي مبال
من سوء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض
قال واذا كانت الدار في يد رجل اقام الاخر البيعة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين
اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هي في يديه ولا يستوثق منه
بكفيل وهذا عند ابي حنيفة راجح وقالوا ان كان الذي هو في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يدا ميين
وان لم يجد ترك في يده اهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين

وارث آخر لكن القاضي مكاف بما ظهر عنده من الحججة وقد ظهر كونه وارثا والعمل بالظاهر
واجب عليه فلا يؤخر حقه لحق موهوم الى زمان التكفيل رأيت لو لم يجد كفيل لا كان يمنع حقه *
قوله كمن اثبت الشرى الى قوله لا يكفل اي لا يؤخذ الكفيل من المشتري الذي اثبت
شرائه بالحججة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي اثبت دينه على العبد حتى يبيع العبد
لاجل دينه وان كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد علم ان المتيقن
المعلوم لا يؤخر الى زمان التكفيل لا موهوم **قوله** او اقرار العبد اي اقرار العبد
الابق انه لفلان **قوله** وهذا يكشف عن مذهبه اي فان قوله وهو ظلم يكشف عن مذهب
ابي حنيفة رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب وقول من قال كل مجتهد مصيب ينزع
الى مذهب اهل الاعتزال لما ان عندهم الا صلح واجب على الله تعالى فكان صيانة الله
المجتهدين عن الخطاء وتقريرهم على الصواب واجبا عليه فيلزم من هذا ضرورة ان يقال كل
مجتهد مصيب ونسبوا هذا القول الى ابي حنيفة رحمه الله واليه اشار بقوله لا كما ظنه
البعض وانما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال ليوسف (بن)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

قال ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء والقياس ان يلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبرا بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخذ الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل

اذا كان الكل في يده وذكر في الجامع انما يكون قضاء على جميع الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينشد بقدره لان دعوى العين لا تنوجه الا على ذي اليد فانما ينتصب احد الورثة خصما عن الكل اذا كان المدعى في يده وهذا بخلاف دعوى الدين فان احد الورثة ينتصب خصما عن المبت وعن باقي الورثة في دعوى الدين على المبت وان لم يكن في يده شيء من التركة *

قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة اي يجب عليه صدقة جميع ما يملكه من اجناس الاموال التي يجب فيها الزكاة كالنقدين ومال السوائم واموال التجارة بقليلها وكثيرها ولا يفرق بين قدر النصاب ومادونه لان ذلك يتعلق به الزكاة اذا انضم اليه غيره فكانهم اعتبروا الجنس دون القدر ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بما له لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه التصديق عند تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة وان لم تكن واجبة ولا يجب عليه التصديق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرفيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك **قوله** لانها خلافة كهي اي كالورثة من حيث انهما يشبان الملك بعد الموت والله تعالى اوجب المواريث في كل عين ودين **قوله** ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل اي في الحقيقة هما سيان لان ايجاب الصدقة (١)

وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح لأنها سبب الصدقة أذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رح لا تدخل لأنها سبب المئونة أذ جهة المئونة راجحة عنده ولا يدخل أرض الخراج بالاجماع لأنه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لأنه أعم من لفظ المال والمقيد بإيجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما امسك لأن حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهرو وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله

الصرف إلى فاضل ماله في حياته وبعد وفاته يكون جنس ماله فاضلاً لاستغنائه عنه بالموت *
قوله ويدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف رح لأن معنى الصدقة في العشر راجح عنده ولهذا لا يجب على الكافر وعند محمد وهو قول أبي حنيفة رح لا تدخل لأن فيه معنى المئونة ولهذا لا يعتبر فيه المالك فاشبه الخراج **قوله** لأنه أعم من لفظ المال لأن الملك يطلق على المال وعلى غيره فإنه يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال فإذا كان لفظ الملك أعم يظهر لعمومه زيادة مزية على المال وذلك في أن ينصرف لا كل مال يجوز التصديق به فصارك أنه قال كل مال املكه مما يتصدق به فهو صدقة فحينئذ ينصرف إلى مال الزكاة وغيره كذا هذا والصحيح أنهما سواء **قوله** والمقيد بإيجاب الشرع وهو قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عمها ثواربع عشور أموالكم **قوله** وصاحب الغلة لشهراي صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها الإنسان يمسك قوت شهر (قوله)

قال ومن اوصي اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف ر ح انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية اذابة بعد الموت فتعتبر بالاذابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاصا فتها الى زمان بطلان الاذابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فاذابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا ينفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول ينفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا التزام امر*

قال ولا يكون النهي من الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة ر ح وثالا هو الاول سواء لانه من المعاملات وبخبر الواحد فيها كفاية

قوله كما في تصرف الوارث لو باع الوارث تركته المورث بعدموته وهو لا يعلم بموته جاز بعد فكذا الوصي **قوله** ومن اعلمه من الناس بالوكالة اي سواء كان حرا او عبدا او كافرا **قوله** حتى يشهد عنده شاهدان اي يخبره مخبران والمراد من الشهادة الاخبار لان لفظ الشهادة هنا ليس بشرط او واحد عدل ثم في هذا اللفظ اشتباه في اشتراط العدالة في المخبر اذا كان اثنين ولفظ الكتاب مشبه ايضا وهو قوله حتى يخبره رجلان او رجل عدل وعن هذا اختلف المشائخ فيه قال بعضهم اذا كان المخبر بعزل الوكيل او بحجر الماذون فاسقين ثبت العزل والحجر بوجود احدا الشرطين وهو العدد وذلك لانه يشترط في الشهادة العدالة والعدد وتأثير العدد فوق تأثير العدالة الا ترى ان قضاء القاضي بشهادة الواحد العدل لا ينفذ وبشهادة الفاسقين ينفذ ثم لو وجدت العدالة ههنا بدون العدد ثبت الحجر بالخبر فالولى ان يثبت الحجر بالعدد وان لم يؤجد العدالة وقال بعضهم لا يثبت لان خبر الفاسقين لا يصلح للالتزام بخبر الفاسق الواحد في انه لا يكون ملزما وان يجب التوقف فيه وفي هذا الخبر التزام من وجه فكانت العدالة شرط في المخبرين هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لانه (لو)

وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شرطيهما وهو اعداد او العدة بخلاف الاول
وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعليه هذا الخلاف
اذا اخبر الموالي بجناية عبده والشفيع البكر والمسلم الذي لم يهاجرونا * **قال** واذا باع القاضي
او امينه عبد الغرماء واخذ المال فباع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام
القاضي والقاضي مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع
الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العائد

لوصح هذا الخبر لكان النزام بقول الفاسق بذلك لا يجوز وبه اخذ النقيض ابو جعفر الهندواني رح
وزعم انه هو المذهب عند الشيخين فدرج ومعنى ما اطلق في الكتاب محمول على ما اذا كان لا يعلم
حالهما بالفسق والعدالة كذا في النهاية *

قوله وله انه خبر ملزم لما فيه من ضرورة يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف فيكون شهادة
من وجه ويشبه التوكيل من حيث ان المتصرف يتصرف في ملكه فوجب ان يشترط احد شرطي
الشهادة وهو اعداد او العدة لتوفير اعلى الشبهين حظهما والانزام من كل وجه ما كان النزام على
خصم منكرو مشروطا ببلنظ الشهادة **قوله** بخلاف الاول اي التوكيل وبخلاف الرسول لان عبارته
كعبارة المرسل فصاركانه حضرة وعلى هذا الخلاف اذا اخبر الموالي بجناية عبده فباعه واعتقد لا يكون
مختار الفداء عنده الا اذا اخبره عدل او مستورا خلافا لهما والشفيع اذا اخبره واحد غير عدل لا يبطل
شفعته عنده والبكر اذا اخبره بالنكاح الوالي فسكنت فان كان المخبر واحد غير عدل لا يكون سكوتها
رضا عنده والمسلم الذي لم يهاجروا الحربي الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجروا خبره عليه
من الغرائض ان كان المخبر عدلا او اثنين لزمته الغرائض حتى لو ترك يلزمه قضاءها وان كان المخبر
فاسقا ان صدقه فكذلك وان كذب فعلى الاختلاف الذي قلناه وقال شمس الانملة السرخسي رح
والاصح عندي انه يلزمه القضاء ههنا لان من يخبره فهو رسول رسول الله عليه السلام **قوله** واذا باع
القاضي او امينه عبد الغرماء اي لاجل الغرماء وهم ارباب الديون ههنا واخذ المال اي الثمن (قوله)

(كتاب القضاء فصل في القضاء بالمواريث)

كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء
 ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة
 عن الميت وان كان نيابة القاضي عنه فصاركما اذا باعه بنفسه *

قال ورجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم
 فيه بدينه فالواريث يجوز ان يقل يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث
 اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

قوله كما اذا كان العاقد محجورا عليه اطلق لفظ المحجور ليتناول الصبي المحجور والعبد المحجور فان
 من وكل صبيا محجورا يعتل البيع والشراء او عبدا محجورا جازا لعقد ببيع بشرتهم ولا يتعلق الحقوق
 بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما ففى الصبي لقصور اهليته وفي العبد لحق سيده
 والاصل انه اذا عذر تعلق حقوق العقد بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العاقد كما في توكيل المحجور
 واقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم الا ترى ان القاضي لا يأمر الوصي او امينه الا
 بعد طلب الغريم فيرجع المشتري على الغريم **قوله** لانه عاقد نيابة عن الميت وذلك لان الوصي قائم
 مقام الميت اما اذا كان الميت اوصى اليه فظاهر واما اذا نصبه القاضي فكذلك لان القاضي انما نصبه
 ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضي **قوله** فصاركما اذا باعه بنفسه اي المديون
 اذا باشر العقد بنفسه حال حيوته كانت الحقوق راجعة اليه فكذا يرجع الى من قام مقامه بعد مماته
 فيرجع المشتري على الوصي ثم يرجع الوصي على الغرماء **قوله** فالواريث يجوز ان يقال يرجع بالمائة
 التي غرمها ايضا وفي رجوع الغريم بما غرم اختلاف قال الفقيه ابو الليث رح يجوز ان يقال
 يرجع ويأخذ من ذلك المال ما ضمن للوصي او للمشتري لان هذا الضمان لحقه لامر الميت
 وفي الجامع الصغير التمرناشي رح ايضا والاصح انه يرجع وقال بعضهم لا يأخذ في الصحيح
 من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره
قوله والوارث اذا بيع له فهو بمنزلة الغريم الوارث اذا احتاج الى بيع شيء من التركة (وهو)

* فصل آخر *

واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد ر ح انه رجع عن هذا وقال لا يأخذ بقوله حتى يعاين الحاجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدراك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشائخ هذه الرواية لفساد حال كثير القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انما خبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور ر ح ان كان عدلا لما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاستأوهما فاستأوهما لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة *

قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفاد فعتها الى فلان قضيت بهاله عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي تطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو فاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا

وهو صغير فباعه الوصي ثم استحق رجع المشتري بالثمن على الوصي والوصي على الوارث ولو باعه امين القاضي رجع المشتري على الوارث اذا كان اهلا وان لم يكن اهلا ينصب القاضي منه وصيا فيرجع عليه ويؤدي هو من مال الصغير *

* فصل آخر *

قوله فان احسن التفسير بان يقول في حد الزنا اني استفسرت المقر بالزنى كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة انه ثبت عندي بالحجة انه اخذ نصا با من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وانما يحتاج الى استفسار الجاهل لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا *

(قوله)

(كتاب القضاء فصل آخر)

ولا يمين عليه، لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي * ولو اقر القاطع
او الاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح
كما اذا كان معاينا * ولو زعم الملتطوع يده والمأخوذ ما لانه فعل ذلك قبل التقليد او بعد
العزل فان قول للقاضي ايضا وهو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان *
فصار كما اذا قال طئقت اراعتت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا * ولو اقر القاطع
او الاخذ في هذا النصل بما اقر به القاضي يضمن لانهما اقربا بسبب الضمان وقول القاضي
مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه
ثبت فعله في قضائه بالتصادق * ولو كان المال في يد الاخذ والد لو ندد اقربا اقر به القاضي
والمأخوذ منه المال صدق القاضي في ان فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه
لان اقرار اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المغرول فيه ليس بحجة *

قوله ولا يمين عليه اي على القاضي لانه لو لم يمين نصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ
والقاضي امين لخصمه **قوله** ولو اقر القاطع او الاخذ اي لو اقر القاطع بامر القاضي او الاخذ بمال بامر
القاضي بالقطع والاخذ بقضاء القاضي لا يضمن ايضا كالقاضي لانه اي لان القاطع او الاخذ
فعله في حالة القضاء فلا يضمن **قوله** ودفع القاضي صحيح اي ودفع القاضي المال
الى رب الدين او المستحق الذي هو الاخذ صحيح لانه دفعه في حالة القضاء فالظاهر
انه دفعه بحق فكان دفعه صحيحا كما اذا كان معاينا اي كما اذا كان دفع القاضي المال
الى الاخذ بحكم القضاء في معاينته المأخوذ منه المال حكمه لا يضمن الاخذ فكذا اذا اقر بما
اقر به القاضي **قوله** فان قول للقاضي ايضا وهو الصحيح وقال شمس الاثني السرخسي رح
اذا زعم المأخوذ منه او الملتطوع يده انه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل
حادث فانما يحال بحدوثه الى اقرب الاوقات ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة
قوله وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على (غيره)

قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طال بهم المدعى لقوله تعالى ولا يابى الشهداء اذا مادعوا وقوله تعالى ولا تكتنموا الشهادة ومن يكتنمها فانه

غيره فان قيل قد وجد الاسناد منهما ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان فيجب ان لا يضمننا ايضا كالتقاضي قلنا ان هذه جهة يعارضها ما هو اقوى منها تقتضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان وهو حجة قطعية وما ذكر من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة فان قيل هذا الوجه ثابت في حق القاضي ايضا قلنا لو اوجبا الضمان على القاضي لامتنع الناس عن قبول القضاء ولان حالة القضاء منافية لضمان القاضي لا محالة فكان الاسناد اليها مفيدا واما اسناد غير القاضي فعليه الى حالة القضاء غير مفيد لان ذلك لا ينافي الضمان لا محالة لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء وما ادعى من القاضي امره بالقطع والاخذ غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه وقول القاضي المعزول في حقه شهادة فرد فلا تسمع والله اعلم *

* كتاب الشهادة *

الشهادة في اللغة هي الاخبار بصحة الشيء من مشاهدة وعيان فعلى هذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ من المعاينة لان السبب المطلق للاداء المعاينة وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القضاء للاداء فسمي الحاضر شاهدا واداءه شهادة وهي في الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة نقولنا اخبار بصدق جنس يدخل تحته الاقرار والدعوى والانكار والشهادة فان كل واحد منها اخبار بصدق اذا كان الامر على وفاق ما قالوا فان الاقرار اخبار بما في يده لغيره والدعوى اخبار بما في يد غيره لنفسه والانكار اخبار بما في يده لنفسه والشهادة اخبار بما في يد غيره لغيره وقولنا مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة (فصل)

(كتاب الشهادة)

آثم قلبه وإنما يشترط طلب المدعي لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق

فصل لهذه الاخبارات وسائر الاخبارات الصادقة غير الشهادة قال الشهادة فرض يلزم الشهود ادائها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يابى الشهداء اذا مادعوا الى النهي عن اداء الدماء امر بالاحضور عند الدعاء وقوله ولا تكتسبوا الشهادة والنهي عن الكتمان امر بالاضمار وقوله ومن يكتتمها فانه آثم قلبه وعيد واستحقاق الوعيد بترك الواجب ثم لم يقتصر على قوله آثم لزيادة التاكيد لما ان اسناد الفعل الى الجارحة انني يعمل بها بلغ من الاسناد الى الجملة الاتري انك تقول اذا اردت التاكيد هذا مما ابصرته عيني ومما سمعته اذني ولان القلب رئيس الاعضاء والمضغذ التي ان صلحت صلح البدن كله وان فسدت فسد البدن كله ولان افعال الذنوب اعظم من افعال سائر الجوارح الاتري ان اصل الحسابات والسببات الايمان والكفر وهما من افعال الذنوب فلما جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب كان هو مشهودا عليه بان الكتمان من اعظم الذنوب فان قيل النهي عن الشيء يقتضي في ضده اثبات سنة تكون في التوبة كالواجب كما ذكر في اصول الفقه من ان المختار عندنا ان الامر بالشيء يقتضي كراهة ضده لان يكون موجبا له ودليلا عليه الى ان وكذا وعلى هذا القول يحتمل ان يكون النهي مقتضيا في ضده اثبات سنة تكون في التوبة كالواجب ولهذا قلنا ان المحرم لما نهى عن لبس المخيط كان من السنن لبس الازار والرداء فعلم بهذا ان الامر المستعاد من النهي يثبت السنة لا الواجب المطلق فضلا عن الفرض قلنا هذا فيما اذا لم يقصد ضده كالامر بالقيام في الصلوة ليس بنهي عن التعود تصدا واما اذا كان ضده مقصودا كالامر بالايمان يكون نهيا عن ضده اذا ضده مقصود بنهي صريح وكذا النهي عن الشيء امر بضده اذا كان ضده مقصودا وفيما قلنا الضد مقصود بالامر لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله ولان الامر بشيء له ضد وحديثي افتراض الضد ليتحقق موجب النهي فان الانتهاء عن الكتمان في قوله تعالى (ولا)

والشهادة في الحد ودخبر فيها الشاهد في السر والاطهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عم للذي شهد عنده لو سترته بشريك لكان خبر الك وقال عم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عم واصحابه رضى دلائله ظاهرة على افضلية الستر لانه يجب (له) ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذا حياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على السر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولم تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رضى مضت السنة من لدن رسول الله عم

ولا تكتموا الشهادة لا يتحقق الا براءة الشاهد فكان اداء الشهادة فرضا كفر ضية الانتها عن الكتمان * **قوله** والشهادة في الحد ودخبر فيها الشاهد بين السر والاطهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده ولو سترته بشريك لكان خبر الك فان قيل هذا الذي ذكره معارض لاعلاق قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وغيرها من النصوص المقتضية لجوب الشهادة تله هذه الآية محمولة على الشهادة في حديق العباد بدليل سياق الآية وهي آية المدابنة لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تدابنتم بين الذين اجل مسمى الى ان قال ولا يابى الشهاد الا وتكتموا الشهادة فكان الحديث المذكور والدليل العتلي سالمين عن المعارضة ثم انهما يدلان على التخيير وفضلية السر على ما هو المذكور في الكتاب والمعنى فيدان السر والكتمان انما يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج الى احياء حقه من الاء وال وذاك في حقوق العباد واما الحد فحق الله تعالى وهو تعالى موصوف بالكرم والغنى وليس فيه خوف فوت حقه فجاز لذلك ان يختار الشاهد جانب السر وكان هو افضل صيانة لهتك عرض اخيه المسلم **قوله** ومنها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن (اربعة)

والخلفيتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحد ودوالقصاص ولان فيها شبهة البدلية
لقيامهما مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرج بالشبهات ومنها الشهادة ببقية
الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى فاستشهدوا شهدين من رجالكم
ولا يقبل فيها شهادة النساء كما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة
رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة
والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رح لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال

اربعة منكم ثم لم يأتوا بربعة شهداء فان قيل في هذه النصوص بيان جواز العمل بهذا العدد وليس
فيها بيان نفي ذلك بدون العدد فلماذا لا يرفى الشرع لمنع الزيادة او النقصان او لمنعهما
وهذا التقدير لا يمنع الزيادة فلولا لم يرد منع النقصان لم يتق لهذا التقدير فائدة فكان هذا
قضية منقاة من جهة الشرع فينتهي الى ما انها نال الشرع اليه *

قوله والخلفيتين من بعده ابو بكر وعمر رضي الله عنهما **قوله** ولان فيها شبهة البدلية
لقوله تعالى فاستشهدوا شهدين من رجالكم فان قيل هذا النص ورد في المدائيات لما مر فكيف
يكون حجة في الحد ودوالقصاص قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب حتى ان هذه
الآية جعلت حجة في غير المدائيات من الحقوق التي ثبتت مرة بالاقراء مرة بالشهود ولا حق يثبت
شرعا بالشهود التي فوق الاثنين سوى حد الزنا فتعين ثبوت سائر الحقوق بالاثنتين من الشهود
ومن سائر الحقوق ببقية الحدود فيثبت بشهادة رجلين وفي المبسوط ثم القياس ان يكفي بشهادة
الواحد لان رحمان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل
موجبا للعمل وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد مالم يبلغوا حد التواتر فلا معنى
لاشترط العدد ولكن تركنا ذلك بالنصوص التي فيها بيان العدد في الشهادات المطلقة كقوله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم **قوله** كما ذكرنا اشارة الى حديث الزهري وما ذكر من شبهة
البدلية **قوله** والوصية اي الايصاء لانه في تعداد غير المال **قوله** ونحو ذلك كالعناق والنسب (قوله)

وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط ونقصان الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهم وحدثنا الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واكل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يثبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا ينبغي اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة نل هذا لا تقبل فيما يندري بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهم

قال رتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه

قوله وتوابعها كالاجارة والوكالة والاجال وشرط الخيار **قوله** لوجود ما يثبتني عليه اهلية الشهادة اي اهلية قبول الشهادة بالولاية والمشاهدة والضبط وهو حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء اذ في لفظ الكتاب نزع اخلال لانها لا يثبت بها اهلية الشهادة لان هذه الاشياء ثابتة للعبد والصبي العاقل والكافر ولا شهادة لهم **قوله** ونقصان الضبط بزيادة النسيان جواب عن قول الشافعي رح بقوله الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط فقال ذلك نقصان انجبر بضم الاخرى اليها **قوله** وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات اشارة الى قوله مثل النكاح والوكالة والوصية اما النكاح والطلاق يشبان مع الهزل والاكراه بخلاف الاموال وتوابعها حيث لا يثبت البيع والاجارة والمضاربة وغيرها مع الهزل فلما ثبت هذه الاشياء اعني البيع وامثاله بشهادة النساء مع الرجال مع انها لا تثبت بالهزل فلان تثبت بشهادتهن النكاح والطلاق وهما يشبان بالهزل اولى واما الوكالة والوصية والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فهو آية ثبوتها (مع)

والجمع المحلي بالالف وللأم يراد به الجنس فيتناول الأقل وهو حجة على الشافعي رح
في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس
اخف فكذا يستطاعت اعتبار العدد الا ان المثني والثلاث احوط لما فيه من معنى الالتزام
ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فاما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل
في العنين سنة ويفرق بعد دلالتها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيعة اذا اشتراها
بشرط البكارة فان فلن انها تب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن

مع الشبهات فيثبت ذلك بشهادة النساء ايضا وان كان فيها شبهة اليه دليقة يقبل شهادة رجل واحد
على الولادة لانه اذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول شهادة رجل واحد أولى وفي باب
شهادة النساء من شهادات المبسوط ولم يذكر في الكتاب انه شهد بذلك اي بالولادة والعيب
في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بان قال فاجأتها فاتنق نظري اليها والجواب انه
لا يمنع قبول الشهادة اذا كان عدلا في مثل هذا الموضع ثم الصحيح انه لا يشترط العدد لان شهادة
الرجل أقوى من شهادة المرأة فلم تثبت المشهود به هنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد
أولى وقد قال بعض مشائخنا انه وان قال تعددت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا *

قوله والجمع المحلي باللام يراد به الجنس اي اذا لم يكن معه يهود والكل ليس بمراد قطعاً
فيراد به الأقل ضرورة لبطلان العدد بواسطة الجنسية وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط
الاربع وعلى ابن ابي ليلى في اشتراط المثني ذكره في المبسوط وذكر في الايضاح ما لا مكان
ابن ابي ليلى **قوله** لان نظر الجنس اخف لعدم الشهوة ولهذا بعد الموت تغسل المرأة المرأة
والرجل الرجل فكذا يسقط اعتبار العدد اي لان نظر الجنس الى الجنس اخف يسقط اعتبار
العدد شرطاً ليقول النظر وبقي احتياطاً والمثني والثلاث احوط لما فيهما من معنى الالتزام ولهذا يشترط
فيها الحرية والاسلام ولفظ الشهادة واختص بمجلس القاضي **قوله** ثم حكمها في الولادة شرحناه
في الطلاق اي في باب ثبوت النسب وهو قوله اذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد (لسته)

والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عندا يحنفد رح
 في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانها من امور الدين وعندهما
 تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصاركشهادتهن على
 نفس الولادة ولا بد في ذلك كله من العد التوافقة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظ الشهادة
 وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العد التوافقة قوله تعالى ممن ترضون من الشهداء
 وقوله تعالى واشهدوا ذري عدل منكم ولان العد التوافقة المعينة لصدق لان من يتعاطى
 غير الكذب قد يتعاطاه عن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة
 تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجهاته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول اصح
 الا ان القاضي لو تضي بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظ الشهادة
 فلان النصوص نطقت باشتراطها اذا لامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة تؤكد
 فان قوله اشهد من الفاظ اليقين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله
 في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العد التوافقة لفظ الشهادة في شهادة النساء

لستد اشهر فصاعدا فجدد الزوج الولادة ثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة *
قوله والعيب يثبت بقولهن اي في الحال وقيام العيب في الحال شرط لصحة الخصومة فيحلف
 البائع بانه لم يكن عنده هذا العيب وكيفية التحليف ان كان بعد القبض بالله لقد سلمها وهي
 بكر وان كان قبله بالله انها بكر **قوله** ولا بد في ذلك كله من العد التوافقة الشهادة اي في جميع
 ما تقدم **قوله** والاول اصح وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا سواء كان ذا وجهة اولم يكن
 وذلك لان قبول الشهادة لاكرام الشاهد كما قال عليه السلام اكرموا الشهود فان الله تعالى
 يحبي الحقوق بهم وفي حق الفاسق امرنا بخلافه قال عليه السلام اذا قيت الفاسق فالفقه بوجه
 يكفهرو من يكون معلنا للفسق فلا مروءة شرعا فلهذا لا يقبل شهادته **قوله** واما لفظ الشهادة فلان
 النصوص نطقت باشتراطها اي ورد نظم النصوص بلفظة الشهادة والاشهاد والاستشهاد (نحو)

في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنه شهادة لما فيه من معنى الالتزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عم المسلمون عدول بعضهم على بعض الامحودا في قذف ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانجاز عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتل لاستلزامها في شرط الاستقصاء فيها لان الشبهة فيها اربعة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم

نحو قوله تعالى واقبموا الشهادة لله واشهدوا اذا تباعدت عنكم واستشهدوا شهودا من رجالكم وقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فلما جاء الامر بهذه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظ آخر فان قيل يشكل على هذا اللفظ التكبير ورد النص بلفظ قال الله تعالى وربك فكبر ومع ذلك اجاز ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله بلفظ آخر في معناه نحو قوله الله اجل او الله اعظم فلما التكبير للتعظيم وفي قوله الله اعظم صريح التعظيم فكان هو مثله والشهادة من المشاهدة لفظا وبذلك التسم استعمالا لما كان كذلك فالحكم المعلق جواز اللفظ الذي له زيادة وكادة في الاخبار لا يكون جواز معلقا باللفظ هو دونه ولان قبول الشهادة في الزام الحكم على القاضي ثبت بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد فيه النص من الذي ورد لفظ الشهادة فيراعى فاما لفظ التكبير للتعظيم فهو موافق للقياس فيما فيه التعظيم فيتعدى حكمه الى موضع وجد حكمه فلذلك افترقا *

قوله في الولادة وغيرها هو الصحيح احترز به عن قول العراقيين وذكر الامام الترمذ في شرحه في قول القابلة في مسئلة الولادة وهل يشترط لفظ الشهادة ففي شرح ابي بكر رحمه الله قال مشائخ بلخ وبخارا يشترط وقال العراقيون لا والتفقا على انه يشترط الحرية والعقل والبلوغ والاسلام **قوله** وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع جواب لما يقال ان الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق ومنها ثبت المدعى استحقاق المدعى به باقامة البينة فيجب ان لا يكتفى (بالظاهر)

لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد ر ح لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبنية على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف من العدول وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان بيعت المستورة الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلحة ويرد ها المعدل وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيرة وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء في السر في زماننا تحريزا عن الفتنة ويروى عن محمد ر ح تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد

بإظهاره فاجاب ان الظاهر قائم مقام الدليل القطعي لما انه لا امكان للوصول الى الدليل القطعي وذلك لانه لو لم يكتف بظاهر العدول لاحتاج الى تزكية المزكي وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظاهر لما ان المزكي في قوله عدل غير كاذب لان المزكي مسلم والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلو لم يكتف بظاهر عدالة الشاهد لكونه عملا بالظاهر لوجب ان لا يكتفى بظاهر عدالة المزكي ايضا لانه عمل بالظاهر فبحسب احتاج الى مزك آخر في تعرف عدالة المزكي الاول وكذلك في الثالث والرابع وهذا امر يؤدي الى التسلسل وقولهم ان الظاهر لا يكفي للاستحقاق قلنا قد يكفي له اذالم ينازع آخر الا ترى ان الشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على دارة اذالم ينازع المشتري في ذلك وههنا ايضا كذلك لان كلا مناهما اذالم يطعن المدعى عليه في الشهود ولو طعن فح يسأل عنهم كما انوازع المشتري الشفيع في ما في يد الشفيع بانه لا ملك له فيه *

قوله لانه يقابل الظاهران لان الظاهران لا يطعن كذا **قوله** وفيه صون قضائه عن البطلان اي على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا يطل القضاء **قوله** ان بيعت المستورة الى المعدل المستورة اسم للرفعة التي يكتبها القاضي وبيعها سرا بيد امينه الى المزكي (سميت)

قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة باصل الدار وهذا اصح *

سميت به لانه تستر عن نظر العوام وفي المغرب حلية الانسان صفته وما يرى عنه من لون
وغيرة والجمع حلى بالضم والكسر والمصلى قبل المراد به المحلة وقيل مسجد المحلة
وهو الظاهر وصورة تركية السران يعث القاضي رسولا الى المزكي او يكتب اليه كتابا فيه
اسماء الشهود وانسابهم وحلهم ومحالهم وسوقهم ان كان سويا حتى يتعرف المزكي
فيسأل عن جيرانهم واصدقائهم فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه
في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل
يسكت احترازا عن هتك السرا ويقول والله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك
يقضى القاضي بشهادته فصح بصرح بذلك ومن لم يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب
تحت اسمه في كتاب القاضي مستورا وصورة تركية العلانية ان يجمع القاضي بين المعدل
والشاهد ويقول للمعدل هذا الذي عدلته او يقول للمزكي بحضرة الشهود هؤلاء عدول
مقبول الشهادة وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول اي في عهد الرسول عليه السلام
 واصحابه لان المعدل كان لا يتوقى عن الجرح ولا يخاف من المدعي ولا من الشهود
 لانهم كانوا منقادين للحق ولا يبلونه بالاذى لو جرحهم ووقع الاكتفاء بتركية السري زمانا
 وتركت تركية العلانية لانها بلاء وفتنة ان الشهود والمدعي يقابلون الجرح بالاذى قال ابن سماعة
 عن ابي يوسف راجا قبل في تركية السرا المرأة والعبد والمحدود في القذف اذا كانوا عدولا ولا قبل
 في تركية العلانية الا من قبل شهادته لان تركية السر من باب الاخبار والمخبر عنه به امر ديني وقول
 هؤلاء في الامور الدينية مقبول اذا كانوا عدولا لا ترى انه يقبل روايتهم في الاخبار عن رسول الله
 عليه السلام ويجب الصوم بقولهم واما تركية العلانية نظير الشهادة من حيث ان القضاء لا يجب
 الا بها كما لا يجب الا بالشهادة حتى شرط في المزكي في تركية العلانية ما هو الشرط في الشهادة
 من العدالة والبلوغ والحرية والعقل والبصيرة وان لا يكون محدودا في قذف سوى (لفظ)

قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه ومن ابي يوسف ومحمد رح انه يجوز تركيته لكن عند محمد رح يضم تركية الآخر الى تركيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا ونسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق * واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز الاثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التركيبة في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدد التوهم بالتركية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدد التوهم فيشترط في المزكي في الحدود وانهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها * ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تركية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تركية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاص رح الاختصاص بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تركية شهود الزنا عند محمد رح

لفظ الشهادة وعلى هذا تركية الوالد لو اده في السرجائرة لانها من باب الاخبار كذا في الذخيرة **واول** من سأل في السر شريح حتى قيل له احدثت يا ابا امية قال احدثتهم فاحدثنا * **قوله** وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود اي قال ابو حنيفة رح تقريرا على قولهما وذكر قاضي خان رح في جامعه ثم فرع ابو حنيفة رح على قول من يرى المسئلة عن الشهود فكان هذا نظير مسئلة المزارة لم يقبل قول الخصم اي المدعى عليه * **قوله** واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود اراد به المرسل الى القاضي وهو المزكي **قوله** وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي معناه من ينقل قول المزكي الى القاضي بعد ما بلغ قول القاضي الى المزكي **قوله** واشتراط العدد امر حكمي اي امر (ثبت)

(كتاب الشهادة فصل)

* فصل *

وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد اوراقه وسعد ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدمع *

قال ويقول اشهد انك باع ولا يقول اشهدني لانه كذب * ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر القاضي لا يقبل لان الغمة تشبه الغمة (فلم يحصل العلم) الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقراره داخل ولا يراد له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشي لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء

ثبت بالنص بخلاف القياس لان رجحان الصدق في حق العمل بالعد التلا بالعدد كما في رواية حديث النبي عليه السلام في حق العلم بالتواتر واذا كان كذلك فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادات لكن تركها ذاك القياس بالنصوص التي فيها بيان العدد فلا يتعداها اي فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة الى التزكية والله اعلم

* فصل *

قوله احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اي لا يحتاج فيه الى الاشهاد بل يجوز ان يشهد بدونه ولا كذلك الشهادة وقيل معناه ان حكم البيع وهو ثبوت الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في الظاهرة واما الشهادة في ما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي فاذا سمع ذلك الشاهد اي في ما يعرف بالسمع مثل البيع (و)

فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا الوسعة يشهد الشاهد على شهادة تلم يسع للمسامح
 ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره * ولا يحل للمشاهد ان رأى خطه ان يشهد الا ان
 يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قبل هذا على قول الشيخين تروح وعندهما
 يحل له ان يشهد وقبل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة
 في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قبطه فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان
 فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر
 المجلس الذي كان فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به ان يشهد فانحن واننت *
 ولا يجوز للمشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول والولاية القاضي
 فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز

والاقرار وحكم الحاكم او رآه كالغصب والقتل وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم
 ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء اي في تجويز الاداء قال الله تعالى الا من شهد
 بالحق وهم يعلمون والنمسك بالآية على قوله ومعدان يشهد بدلائله اطلق اداء الشهادة بمجرد
 العلم وقد حصل ذلك بالرؤية في المبريات وبالسماح في المسموعات والعلم شرط جواز الاداء
 حيث جعله حلالا في قوله تعالى وهم يعلمون والاحوال شروط وشرط في قوله عليه السلام اذا علمت
 مثل الشمس فاشهد وانما جعله ركنا لزيادة تأثيره في توقف صحة اداء الشهادة على العلم *

قوله فلا بد من الانابة والتحميل لانه تصرف على الاصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ
 قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه فلا بد من الانابة والتحميل منه
قوله وقبل هذا بالاتفاق اشارة الى اول المسئلة وهو قوله ولا يحل للمشاهد ان رأى خطه ان يشهد
قوله وعلى هذا اذا ذكر المجلس اي لا يحل للمشاهد ان يشهد اذا ذكر المجلس الذي كانت
 فيه الشهادة ولم يتذكر الحادثة فكان تذكر المكان بمنزلة معرفة خطه في الشهادة **قوله** والدخول لانه
 امر مشتهر ويتعلق به الاحكام المشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان (قوله)

(كتاب الشهادة فصل)

لان الشهادة مشتتة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلوم يقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل واحد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وفيما في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يدايه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي ان يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة ثم اذا فسر لتقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلوس مجلس القضاء يدخل عليه "مخبر" حل له ان يشهد على كونه قاضيا فكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الاخر انبساط الزوج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازه فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة فبقي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رح آخر ان يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله "م الولاء لحمته كلحمته السب" وعن محمد رح انه يجوز في الوقف لانه يقتضى على مراء الا اصرار الا ان نقول الولاء يقتضى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يقتضى عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر *

قوله وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بان يقول اشهد انه ابنه واشهد انها امرأته اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل والفرق بين الاطلاق والتفسير انه اذا اطلق يعلم انه وقع في قلبه صدقه فيكون شهادة منه عن علم ولا كذلك اذا فسر ويقول سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد **قوله** دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر

ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها عن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسير الاطلاق محمد رح في الرواية وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا رح لان اليد متنوعة الى امانته وملك فلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابته واصالة

يشتهر قال الامام ظهير الدين المرغيناني لا بد من بيان الجهة بان يشهدوا ان هذا وقف على المسجد او على المقبرة او نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم وتاريل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انهم بعد ما شهدوا ان هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم ان يشهدوا بيد من غلته فيصرف الى كذا ولو قالوا تلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم *

قوله ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها اذ لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان اكثر ما في الباب ان يعاين اسباب الملك من الشراء والهبة وما اشبه ذلك الا ان الشري انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع وانه يعرف كون المبيع ملكا له بيده بلا منازع فيثبت ان لا دليل على الملك سوى اليد فكان للشاهد ان يعتمد على مثل هذا الدليل اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له فان وقع في قلبه انه ملك غيره لا يحل له ان يشهد بالملك لذي اليد لان الاصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة لقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد ولا دفع فعند اعواز ذلك بصير الى ما يشهد به اليد قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسير الاطلاق قول محمد رح في الرواية فيشترط ان يقع في قلبه انه له بالاتفاق وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال مشائخنا رحمهم الله لان اليد تنوع الى ملك وضمن وامانة فيشترط انضمام التصرف للشهادة على الملك فلنا التصرف ايضا يتنوع الى نيابته (كا)

ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في بدنه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يداهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء

كالوكيل والمضارب والى اصله فلا معنى لاختيار هذه الزيادة اذا الاحتمال الا يزول بها والاصل ان الاملاك تكون في يد الملاك والكنون في يد غيره عارض فرجحنا الاصل فان قيل الشاهد اذا قيد الشهادة بما استناد العلم به من معاينة اليد والتأضي لا يقبل شهادته ولو جاز تحمل الشهادة بالمعاينة لتقبل التأضي الشهادة فلنا نحن جعلنا العيان سببا للجواز لا للجوب والتأضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ونحن ما ضمننا ذلك ولهاذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده ان يتصرف فيها تصرف الملاك وبيعت دار يجنب هذه واراد صاحب اليد ان يأخذها بالشفعة والتأضي لا يقضي له عند انكار المشتري ان يكون الدار ملك الشفيع لان التماس ليس سببا للجوب لكنه سبب الجواز *

قوله ثم ان عاين المالك والملك امسلة على اربعة ارجدان عاين المالك والملك بان عرف البائع باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعة ووقع في قلبه انه له ثم رآه في يد آخر فجاء الاول ادعى الملك وسعدان يشهد الاول بالملك بناء على يده وان عاين المالك دون المالك بان عاين ملكا بحدود ينسب الى فلان بن فلان الغلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصارا لهما ملك معروفا بالتسامع والملك معروف وان لم يعاين المالك والملك ولكن سمع من الناس قالوا لفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك (وان)

لان لهما يد اعلى انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة ر ح
انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر ر ح وهو رواية عن ابي حنيفة ر ح تقبل فيد اجري فيه
السمع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خال فيه وقال ابو يوسف والشافعي ر ح يجوز اذا كان
بصيرا وقت التحمل احصوا العلم بالمعينة والاداء يختص بالقول واسانه خير مؤف والتعريف
يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولما ان الاداء يقتضي التميز بالاشارة بين المشهود له
والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالغمدة وتبد شبهة يمكن التحرز عنها اجنس الشهود والنسبة
لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحديد القصاص ولو عصى بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة
ومحمد ر ح لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا
خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غلبوا لان الاهلية لموت قد انتهت وبالغمية ما بطلت *
وان عين الملك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له في قربة كذا ضيعة وهو
لا يعرف تلك الضيعة بعينها الا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدد وهو شرط الشهادة *

قوله لان لهما يد اعلى انفسهما حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله ولا يثبت
لغيره يد على الحقيقة حتى يعتبر لا طلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر التصرف وهو
الاستخدام مطلقا للشهادة لانه لا يصلح دليلا على الملك فالحر يستخدم الحر ويخدمه
طوعا كما يستخدم العبد سيدا وعن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله انه يحل له
ان يشهد فيها ايضا فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكمال الا ترى ان من ادعى عبد اوامة في يد
غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لندي اليد لان الظاهر شاهد له بالملك لقيام يده عليه **قوله**
والفرق ما بيناه وهو قوله لان لهما يد اعلى انفسهما فيدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله اعلم

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

قوله ولا تقبل شهادة الاعمى وقال مالك ر ح تقبل لان العسى لا يقدح في البولاية والعدالة (و)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره * ولا المحدود في القذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا و لانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب فلما الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى فاولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن * ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم يقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتتام حده برده شهادته بعد العتق

قال ولا شهادة الوالد لوالده وولد لولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الوالد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته

وباعتبارهما يجب الشهادة ولهذا قبلت رواية الاعمى وقال زفر رح وهو رواية عن ايحيفه رح تقبل فيما يجري فيه السماع لانه في السماع كالصبر وقال ابو يوسف والشافعي رح اذا تحمل الشهادة وهو بصير واداه وهو اعمى تقبل فيما لا يحتاج الى الاشارة كالديون والعقار *

قوله ولانه من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف لان فيه معنى الزجر لا نديؤ لم قلبه كما ان الجديؤ لم يدنه وقد آذاه بلسانه فعوقب باهدار منفعته لانه جزاء وفاد فيبقى بعد التوبة كاصله وهو الجدل لان رده شهادته من تمام حده واصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا المتهم له بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد ثمة للفسق ولم يبق بالتوبة اذا التائب من الذنب كمن لا ذنب له

قوله الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون لانه الاستيناف لان ما قبله امر ونهي فوضا الى الآية وهذه جملة اسمية اخبار عن حال قائمة فيهم فلم يحسن العطف فكانت مستأنفة فانصرف الاستثناء الى هذه الجملة فحسب او هو استثناء منقطع بمعنى لكن لان التائبين ليسوا من جنس الفاسقين فكان معناه لكن الذين تابوا فان الله بغفر (ذنوبهم)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

ولا العبد لسيدة ولا المولى لعبدة ولا الاجير لمن استأجره إلا ان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة
ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال رضى
والمراد بالاجير على ما قبلوا التلميذ الخاص الذي يعد ضررا ستأذ ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو
معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد بالاجير مسانهة او مشاهرة (او مبارمة)
فيسوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها * ولا يقبل شهادة احد الزوجين
للاخر وقال الشافعي رح تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدى متحيزة ولهذا يجري
القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه
المفلس ولنا ما رويناه لان الانتفاع متصل عادة وهو المتقصد فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير
متبهما بخلاف شهادة الغريم لاندلا ولاية له على المشهود به * ولا شهادة المولى لعبدة لانه شهادة
لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف
مراعى * ولا ملكا تبهما قلنا * ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه
من وجه لا شرا كهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة * وتقبل شهادة الاخ
لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك وضما فعهما متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض *

ذنوبهم ويرحمهم فكان كلاما مبتدأ غير متعلق بما قبله *
قوله ولا العبد لسيدة اي لو كان للعبد شهادة لما قبلت شهادته لسيدة للتهمة وهو قوله عليه السلام
لا شهادة للقانع باهل البيت والقانع السائل من القنوع الامن القناعة واراد من يكون مع القوم
كالخادم والتابع والاجير ونحوه لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم **قوله** بخلاف
شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به اي لا يثبت له الولاية في المشهود به بالقضاء والغريم
اذا ظهر بجنس حقه من مال مد بوند له ان يأخذه وذلك قد يكون وقد لا يكون فلا يورث التهمة
قوله لان الحال موقوف مراعى اي لان حال العبد موقوف بين ان يصير للفرماء بسبب بيعهم
في دينهم فيصير اجنبيا فتقبل شهادة المولى له او يبقى للمولى كما كان بسبب قضائه (دينه)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال ولا تقبل شهادة مخنت ومراة المخنت في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة * ولا نائحة ولا مغنية لا نهما تركبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحدتين النائحة والمغنية * ولا مد من الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه * ولا من يلعب بالظيور لانه يورث غفلة ولانه قد يتف على عوارت النساء بصعوده سطحه لطير طيرة وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالظيور وهو المغني * ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة *

دينه ولا مكاتبه لما قلنا في لانه شهادة لنفسه من وجه *

قوله ولا نائحة ولا مغنية ولم يرد به النبي تنوح على مصيبتها وفي المستصفي واعلم بان التنفي حرام في جميع الاديان فقال في الزيادات واذا اوصى بها هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات وحكي عن شهر الدين المرعشي اني رح الله قل من قال لمقري زمانا احسنت عند قراءته يكفر **قوله** ولا مد من الشرب على اللهو اطلق الشرب على اللهو في حق المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر ايضا وفي فتاوى قاضي خان رح ولا تقبل شهادة مد من الخمر ولا مد من السكر ثم قال وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم بشرب الخمر في بيته لا يبطل عدالتهم كانت كبيرة وانما يبطل اذا ظهر ذلك او يخرج سكران فيسخر منه الصبيان لان مثل ذلك لا يحترز عن الكذب وفي الذخيرة ولا يجوز شهادة مد من الخمر ولا مد من السكر لانه كبيرة ثم شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته انه يشرب بعد ذلك اذا وجد ولا يجوز شهادة مد من السكر وان اراد به في سائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط الادمان على الشرب ولا من يغني الناس وانما قيد بقوله للناس لانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة قبلت شهادته ولا يقال ان فيه تكرارا بعد ذكر المغنية قبل هذا لانا نقول ذلك مخصوص (بالمرأة)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للمفسق **قال** ولا من يدخل الحمام من غير ميزر لان كشف العورة حرام * او يأكل الربوا او ينام بالبرد والشرط لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشرط فليس بفسق مانع من الشهادة لان الاجتهاد فيه مساغ وشرط في الاصل ان يكون آكل الربوا مشهورا بدلا ان الانسان قلما يتجسس على مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا *

قال ولا من يفعل الانفعال المستحقة كالبول على الطريق

بالمرأة وهذا عام ولان الاول في تغني المرأة مثلث لان رفع الصوت فيها حرام خصوصا اذا كان مع الغناء وهذا في انتغني اللباس *

قوله ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد واختلفوا في تفسير الكبيرة قال بعضهم هي السبع التي ذكرها رسول الله عليه السلام في الحديث المعروف وهو الاشرار بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق ولهب المومن والزنا وشرب الخمر وهو قول اهل الحجاز واهل الحديث وزاد بعضهم على هذا السبع اكل الربوا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة واسم ما قيل فيه هو ما نقل عن شمس الائمة الحلواني رح انه قال ما كانت شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر وكذلك الاعانة على المعاصي والنجور والحب عليهما من جملة الكبائر فوجب سقوط العدالة كذا في الذخيرة **قوله** فاما مجرد اللعب بالشرط فليس بفسق مانع للشهادة وفي الذخيرة ولا تقبل شهادة من يلعب بالشرط لكن يشترط انضمام احدي المعاني الثلاثة اذا فامر عليه او شغله عن الصلوة او اكثر الخلف عليه بالكذب والباطل لان هذه الاشياء الثلاثة من الكبائر ومن يلعب بالبرد فهو مردود الشهادة على كل حال قال عليه السلام ملعون من لعب بالبرد ومن كان ملعونا كيف يكون عدلا **قوله** لان الاجتهاد فيه مساغا قال مالك والشافعي رح يحل اللعب بالشرط * (قوله)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ولا من تقبل)

والأكل على الطريق لأنه تارك للمروءة وإذا كان لا يستحي من مثل ذلك لا يمتنع من الكذب
فيهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف ظهور فستة بخلاف من يكتمه * وتقبل شهادة أهل
الاهواء إلا الخطائين وقال الشافعي رح لا تقبل لأنه اغاظ رجوة الفسق ولما اندسق من حيث
الاعتقاد وما وقع فيه الاتدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية ما دام مستبجحا
لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي أما الخطائين فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة
لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجمة فتكنت التهمة في شهادتهم *

قوله والأكل على الطريق يعني به مجرى الناس وذكر في فتاوى قاضي خان رح
ولا تقبل شهادة من يأكل في السوق بين أيدي الناس لأن ذلك لا يفعل من كان له مروءة
ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وفي المستصفى السلف جمع سالف وهو الماضي
وفي الشرع اسم لكل من يثقل مذهبه ويفتقن الثرداء بزيادة واصحابه رخصهم الله فانهم سلفاء
والصحابه والتابعون سلف لا يحنيفه واصحابه كذا ذكره بدر الدين وفي الذخيرة قال ابو يوسف
لا جبر شهادة من يشتم اصحاب رسول الله عليه السلام لأنه لو شتم واحدا من الناس لا تجوز
شهادته فهنا أولى وتقبل شهادة أهل الاهواء اليهودي ميلان النفس إلى ما يستند به
من الشهوات وانما سمدوا به لما بعثهم النفس ومخالفاتهم السنة كالخوارج وغيرهم فان
اصول الاهواء سنة الجبر والقدر والرفض والخروج والشبه والتعطيل ثم كل واحد
يصير اثني عشر فرقة فيبلغ إلى اثنين وسبعين فرقة وفي الذخيرة وشهادة أهل الاهواء
مقبولة عندنا إذا كان هوى لا يكفر به صاحبه ولا يكون ما جناه يكون عدلا في تعاطيه وهو
الصحيح وقال الشافعي رح لا تقبل شهادة أهل الاهواء لانهم فسق فاستندوا الفسق اعتقادا اغاظ منه
تعاطيا ولا شهادة للفاسق ولما ان الفاسق انما لا تقبل شهادته لتهمته الكذب والفسق من حيث
الاعتقاد لا يدل على ذلك لانه لما وقع في الهوى المنعقد في الدين الا ترى ان منهم من يعظم
الذنوب حتى يجعله كفران يكون ممتنع عن الكذب كمن تدارى المثلث او متروك التسمية عمدا معتقدا
اباحته فانه لا يصير به مردود الشهادة **قوله** إلا الخطائين خطأية قوم من الروافض ينسبون (إلى)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال وتقبل شهادته من اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم مثل مالك والشافعي رحم
لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره واجهذا لا تقبل
شهادته على المسلم فصارك المردة ولنا ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصاري بعضهم على
بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه
والعسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور
الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له
(على المسلم) بالاضافة اليه ولانه يقول عليه لانه يغبطه قهرة اياه وملل الكفروان
اختلفت فلا تهر فلا يحملهم الغبط على التقول *

قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه

الى ابي الخطاب محمد بن ابي وهب الاجذع وكان يزعم ان ابيه الابن الاكبر وجعفر بن محمد
الصادق الاله الاصغر فطردة جعفر فان عني في نفسه انه اله وزعم اتباعه ان جعفر اله
وابو الخطاب اعظم منه وهم كانوا يدينون شهادة الزور لموافقتهم على مخالفتهم وتبيل يعتقدون الشهادة
من حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يخلف كاذبا فيمكن شبهة الكذب في شهادتهم *

قوله وصارك المردة اي لا تقبل شهادة المرتد لجنسه وبخلاف جنسه وعليهما وكذا الكافر **قوله**
ملل الكفروان اختلفت فلا قهر جواب لما يقال كما ان بين المسلم والذمي معاداة فكذلك
بين اليهود والنصارى وكذا بينهم وبين المجوس فكان ينبغي ان يكون اختلاف الملل مانعا
فقال وان اختلفت مللهم لم يضر بعضهم متهم وبعضهم لم يحملهم ذلك على التقول وبخلاف
الكفار فهم مقهورون من جهة المسلمين وذا يحملهم على التقول عليهم **قوله** اراد به والله اعلم
المستامن وانما قيد بهذا لعدم شهادة الكافر الحربي على الذمي لما ان الشهادة انما تكون
في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصير في دار الاسلام ولو دخل حربي في دار الاسلام بغير
استيمان يوذ قهرا فيسترق فيكون شهادته شهادة عبدة فلا تقبل شهادة عبدة على احد (قوله)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى جلالته وتقبل شهادته الذمي عليه شهادة المسلم عليه وعلى الذمي * وتقبل شهادته المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين ينقطع الدلالة وانما يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن * وانما تمت الحسابات غالب من السيئات والرجال بحسب النجا لم تقبلت شهادته وان لم ينعصية هذا هو الصحيح في حدادته المعتبرة اذا بد له من توفي اليه تركه او بعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الامام بمعصيته لا يتقدح به العدالة المشروطة ولا يرد به الشهادة المشروطة لان في اعتبار اجتنابها الخلل سد باب وهو مفتوح احياء للمحتوق

قوله لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى منه اي اقرب الى اهل الاسلام لانه قبل ما هو خلف الاسلام هو الحرية ولا يحدار محقون الدم على التأييد وانما يقتل المسلم بالذمي قصاصا ولا يقتل المسلم بالمستأمن **قوله** بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن متصل بقوله وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل اي شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة وان كانوا من منعات مختلفة لانهم صاروا من اهل دارنا حتى لا يسكنون من الرجوع الى دار الحرب فلما كان كذلك صاروا بمنزلة المسلمين وشهادة المسلمين مقبولة على اهل الذمة كلهم وان كانوا من منعات مختلفة فكذلك اشهاد بعضهم على البعض لان دار الاسلام لا تختلف باختلاف المنعة بخلاف المستأمنين حيث لا تقبل شهادته بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل الدارين كالروم والترك لان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجري التوارث فان قيل الذمي مع المستأمن مختلفان دارا وقد قبلت شهادته على المستأمن فلما الذمي لعقد الذمة صار كالمسلم وتقبل شهادته المسلم على المستأمن فكذلك اشهادته على المستأمن بخلاف الرومي والتركيب الاستوائية قد اختلفت الدار فامتنع القبول **قوله** وان لم ينعصية حكى عن الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رح انه قال الناس لا يخلون عن ارتكاب الصغائر ولا يخلون من اتيان ما هو مأذون به في الشرع فيعتبر في ذلك الغالب يريد به في حق (الصغائر)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال وتقبل شهادة الألفلاني لا يدخل بالعدالة إذا ترك استخفافاً بالدين لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً **قال** والخشي فان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصمي ولأنه قطع عضومنه ظلماً فصاركما إذا قطعت يده **قال** وولد الزنا لأن فسق الابرين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك رح لا تقبل في الزنا لأنه يجب أن يكون غيمه كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والدلام في العدل **قال** وشهادة الخشي جائزة لأنه رجل وامرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص **قال** وشهادة العدل جائزة والمراد عدال السلطان عند عامة المشائخ رح لأن نفس العدل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم وقيل العامل إذا كان وجهه في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادة تكلم به عن أبي يوسف رح في الفاسق لأنه لو جاهد لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة ولما بهتة لا يستأجر على الشهادة الكاذبة *

قال وإذا شهد الرجلان أن أباهما أو وصي أبي فلان والوصي يدعي فهو جائز استحساناً وأما إنكار الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز أن ادعى وعلى هذا إذا شهد الوصي لهذا بذلك أو غير هذا لهذا على الميت دين أو للميت عليه مادي أو شهد الوصي أن هذا الوصي أبي هذا الرجل معهما

الصغار فإن كان غالب أحواله اندياتي بما هو ماذون به في الشرع ويحترز عدلاً في الشرع من الصغار كان جائز الشهادة بعد أن تحزر عن كل الكبائر وإن كان غالب أحواله أنه لا يحترز من الصغار لا يكون جائز الشهادة *

قوله تقبل شهادة الألفلاني وعن ابن عباس رضي الله عنهما لا تقبل شهادة ده وإنما تقبل عندنا إذا ترك بعذر الكبر أو خوف الهلاك فان ترك على وجه الأعراض عن السنة والاستخفاف بالدين فلا تقبل شهادته لأنه لم يبق عدلاً **قوله** وشهادة الخشي جائزة وفي الخزائنه والخشي المشكل لا يشهد مع رجل ولا مع امرأة ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل **قوله** وعدال السلطان عند عامة المشائخ وهم الذين يعينون السلطان في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم ونحوهما وقيل الذين يعملون بأيديهم ويؤجرون أنفسهم لأن من الناس من قال لا تقبل شهادة هؤلاء (و)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان القاضي ولا يقصد نصب الوصي اذا كان طالب الموت معروف فيكتفي القاضي بهذه الشهادة مؤنثة التعيين لان يثبت بهاشي فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترانهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس لدولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة في الغريبين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما يثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب رطله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لا تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة *

وانما اورد هذه المسئلة رد القول ذاك القائل لان كسبهم اطيب الكسب على ما ورد في الحديث افضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فلا يوجب ذلك جرحا *

قوله وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وهذا لان الوارثين قصدوا بهذه الشهادة نصب من يقوم مقامهما في احياء حقوقهما والغريمان قصد انصب من يستوفيان منه حقهما او يبرآن بالدفع اليه والوصيان قصد انصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والوصي لهما قصد انصب من يدفع اليه حقوقهما **قوله** مؤنثة التعيين لان القاضي يلزمه ان يتأمل في هذا الوصي انه هل يصلح للوصية لاما لا تدور يانته وهدايتة ام لا يصلح وهما بهذه الشهادة زكياه واخبر القاضي بان اهل لذلك فكفى مؤنثة التعيين فصار كالقرعة فانها ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي **قوله** والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا جواب لما يقال اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى نصب وصي آخر على الميت فلا يكون لذلك من غير شهادة فتسكن التهمة في الشهادة فاجاب ان الوصيين اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترانهما بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي ليس له اجبار واحد على قبول الوصاية وبخلاف (ما)

(كتاب الشهادة.....باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الرفع بالتوبة فلا يتحقق الالتزام ولان فيه هتك السر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم *

قال ولو اقام المدعي عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرازا اذ اعليه فلا خصم في اثباته (لان المدعي عليه في ذلك اجنبي عنه) حتى لو اقام المدعي عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صا تحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال

ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه ح لم يكن له ولاية نصب الوصي الا بهذه البينة فيصير الشهادة موجبة فبطل بمعنى التهمة وفي الغريمين المبيت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا قبل معنى القبول امر القاضي اياهما باداء ما عليهما اليه لبراءتهما عن الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل فيه والبراءة حق لهما فلا تقبل فيها *

قوله ولا يسمع القاضي البينة على الجرح اي على الجرح المجرد وهو ما يتضمن لفسق الشهود من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او حق من حقوق العباد نحو ان يشهدوا ان شهود المدعي فسقة او زناة او آكلة الربوا او شريرة تخمروا على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم اجراء في اداء هذه الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انه لا شهادة لهم على المدعي عليه في هذه الحادثة وانما لا تقبل لان البينة انما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزامه بالفسق مما لا يدخل تحت الحكم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة ولان الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقا لان فيها (ا)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف
او شريك المدعي تقبل **قال** ومن شهد ولم يبرح حتى قال او همت بعض شهادتي فان كان
عدلا جازت شهادته ومعنى قوله او همت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره
او بزيادة كانت باطله ووجهه ان الشاهد قد يمتلي بلسانه لمهابة مجلس القضاء فكان العذر
واضحاً متبهاً اذا تذكره في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا اقام عن المجلس ثم عاد وقال
او همت لانه يؤهم الزيادة من المدعي بنائيس وخيالة فوجب الاحتياط وان المجلس
اذا اتحد الحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف
المدعي في حاشية بلا ضرورة وهي حرام بالنص والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق ولا يميل
ان فيه ضرورة وهي كف الظلم عن الظلم بالشهادة الدائنة وقد قال عليه السلام انما احب
ظلموا وظلموا لانه لا ضرورة في اداء هذه الشهادة على ملاء من الناس ويمكنه كنفه عن الظلم
باختيار القاضي بذلك سرا لا اذا شهد واعلى اقرار المدعي انهم فسقة وشهدوا بزور وانكوه
لانهم ما شهدوا بظلمه انما حشده واما حكوا اظهروا الحاشية عن غيرهم فلا يصيرون فاسقين فيثبت
المشهدود به وكذا الاقرار بما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضي على الاقرار ان لا يرتفع بالتوبة *

قوله ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف اذا كان فيه خصم ثم
بنيت الجرح بناء عليه قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد تقبل لان الرق حق الله تعالى
او محدود في قذف لان فيه احياء حق الله تعالى وهو رد الشهادة عنه من تمام الحد او شارب
خمر او ينفق المهر لان فيه احياء حق الله تعالى وهو الحد او قاذف والمقدوف يدعي
لان فيه ابيات الحد وفيه حدان والمغلب حق الله تعالى او شريك المدعي اي يشهد به مال مشترك
فيثبت التهمة والشهادة ترد بالتهمة فان قيل ينبغي ان يقبل الشهود في الجرح المجرد لانه
في معنى التزكية علانية قلنا في هذه الشهادة نسبة الشهود الى الفسق فيجب عليهم التعزير بهذه
الاشاعة فكان يمكنهم ان يخبروا القاضي بحال الشهود سرا فلما لم يفعلوا ذلك صاروا فسقة باشاعة
الساحشة من غير ان يشتموا بها حق ولا يصلح الفاسق معدلا **قوله** ومن شهد ولم يبرح (حتى)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظ الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يتقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه والله اعلم *

حتى قال او همت في بعض شهادتي قبل معنى قوله او همت في بعض شهادتي ان يكون غلطا في المقدار او في الجنس او في السبب ثم قيل يقضى بجميع ما شهد لان ما شهد صار حقا للمدعي على المدعي عليه ولا يبطل لقوله او همت وقيل يقضى بما بقي حتى لو شهد بالف وقال غلطت بخمسائة بل هو خمسمائة يقضى عليه بخمسائة لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة ولو شهد بخمسائة لا يقضى بالف كذا هذا واليد مال شمس الائمة السرخسيرة وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زاد فيها قبل القضاء وبعد القضاء وقالوا همتا وهما غير متهمين قبل ذلك منهما وروى بشر عن ابي يوسف رح في رجل شهد عند القاضي بشهادة ثم يجيء بعد ذلك وقال شككت في كذا وكذا في شهادتي التي شهدت بها فان كان القاضي يعرفه بالصلاح قبل شهادته في ما بقي واذا كان لا يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وكذا قوله رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من هذا المال او غلطت او نسيت فهو مثل قوله تدشكت *

قوله وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود بان يذكر الجانب الشرقي في مكان الجانب الغربي او على العكس او في بعض النسب بان يذكر محمد بن احمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر مثلا اي تقبل اذا تدارك في مجلسه ولا تقبل بعده **قوله** وهذا اذا كان موضع شبهة قال في النهاية اي موضع شبهة التلبس من المدعي او المدعي عليه فاما اذا لم يكن اي موضع شبهة فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظ الشهادة وما يجري مجرى ذلك بان ترك ذكر اسم المدعي او المدعي عليه وترك الاشارة الى المدعي والمدعي عليه وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا الاول هو الظاهر (باب)

(كتاب الشهادة باب الاختلاف في الشهادة)

* باب الاختلاف في الشهادة *

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها *

قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه فان شهد احدهما باللف والآخر بالعين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائدة والمائتان والطفقة والطفقتان والطفقة والثلث لئلا ينهما اتفاقا على الالف او اطفقة وتفردهما بالزيادة فيثبت ما اجتماعا عليه دون ما تفرده احدهما فصار كالالف والالف والخمس مائة ولا يبي حنيفة رحمه انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستند باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به من الالفين

* باب الاختلاف في الشهادة *

قوله لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قيد بحقوق العباد لانه لا يشترط في حقوق الله تعالى تقدم الدعوى لقبول الشهادة لان كل احد خصم في اثبات حق الله تعالى لانه واجب الرعاية على كل احد فصار كان الدعوى موجودة وحق الانسان يتوقف على مطالبته او مطالبته من يقوم مقامه فاذا وافقت الشهادة الدعوى وجد من المدعي مطالبة ما يشهد به الشهود فتقبل واذا خالفتها لم يوجد من المدعي مطالبة ما يشهد به الشهود فلم تقبل ويعتبر اتفاق الشاهدين لان القضاء انما يجوز بحجة وهي شهادة المشي فما لم يتفقا فيما شهدا به لا يثبت الحجة واتفاقهما في اللفظ والمعنى شرط عند ابي حنيفة رحمه والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فان شهد احدهما باللف والآخر بالعين لا تقبل الشهادة عنده كما لو شهد احدهما بدراهم والآخر بدنانير وهذا لان لفظ الالفين غير لفظ الالف وما يراى بالالفين غير ما يراى بالالف فلم يثبت واحد من اللفظين لانه ليس على كل واحد من اللفظين الاشهادة واحدة فان قيل الالف موجود في الالفين (قلنا)

(كتاب الشهادة باب الاختلاف في الشهادة)

بل هما جملتان متباينتان فحصل علي كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال
قال وان شهدا أحدهما بالف والآخرا بالف وخمسائة والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة
قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لنظا ومعنى لان الألف والخمسمائة
جملتان عطف أحدهما على الأخرى والعطف يقر بالأول ونظيره المطلقة والثلثة والنصف
والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف
فهو نظير الألف والألفين وان قال المدعي لم يكن لي عليه الا الألف شهادة الذي شهد
بالألف والخمسمائة باطله لانه كذب المدعي في المشهود به وكذا اذا سكنت الا من دعوى
الألف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق وقال كان اصل حقي ألفا وخمسمائة
ولكنني استوفيت خمسمائة او برأته عنها قبلت لتوفيقه *

قال واذا شهدا بالف وقال أحدهما قضاة منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما
عليه ولم يسمع قوله انه قضاة لانه شهادة فرد الا ان يشهد مع آخر وعن ابي يوسف رح
انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاة مضمون شهادة تدين لادين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا

قلنا نعم اذا ثبت الاثان ثبت الألف في ضمنه فاذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه
الا ترى انه لو شهد أحدهما انه قال لا مرأته انت خلية وشهد آخر انه قال لها انت
برية لا يثبت شيء وان اتفقا في المعنى وفيما اذا شهدا أحدهما بالألف والآخرا بالألفين
تقبل ان وقع الدعوى في ألفين بان كان في كيسه ألفان رهم فشهد أحدهما ان جميع
ما في الكيس له وهو ألفان رهم وشهد آخر بان نصف ما في الكيس له وهو ألف درهم
قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه *

قوله بل هما جملتان متباينتان اي كلمتان متباينتان وتسميته جملة لان مدلول كل واحد
منهما جملة مغايرة لجملة هي مدلول الآخر **قوله** فلا بد من التوفيق هذا جواب الاستحسان
والقياس ان تقبل لا مكان التوفيق **قوله** وجوابه ما قلنا وهو قوله لاتفاقهما عليه (قوله)

(كتاب الشهادة ... باب الاختلاف في الشهادة)

قال ويسعي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كبر لا يصبر معينا على الظلم وقال في الجامع الصغير رجلا ن شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لا تنافي بينهما عليه وتنفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر راجح لان المدعي اكدب شاهد القضاء فلهذا اكداب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول *

قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيد ايوام النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احدهما كاذبه بيقين وليست احدهما بالاولى من الاخرى فان سبقت احدهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم يقبل لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية *

قوله فلهذا اكداب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول بيانه ان الشاهدين اذا شهد الانسان بمال ثم شهدا عليه بمال لانسان آخر فكذبهما المشهود عليه الذي هو المشهود له اولاً يقضى له بما شهدا له وان كان هو ينسقهما فيما شهدا عليه لان هذا تنسيق عن اضطرار والموجب للرد هو التنسيق عن اختيار وكذلك لو شهدا الشاهدان لرجل على رجل بالف درهم وماتت دينار فكذبهما المشهود له في المائة الدينار تقبل شهادتهما على الف درهم ثم ههنا كذبه فيما شهدا عليه وهو القضاء فلا يقدح في شهادته له ولو شهد شاهدان انه قتل زيد ايوام النحر بمكة وشهدا آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين وان اختلف الشاهدان في الزمان والمكان في البيع والشراء والطلاق والعنق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والنكاح لا تقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل ان كان المشهود به قولاً كالبيع ونحوه فاختلف الشاهدان في الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلاً كالغصب ونحوه او قولاً لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور (١)

قال وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وإن قال أحدهما بقرة ولا آخر ثور لم يقطع وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يقطع في الوجهين جميعاً وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسود والحمر لا في السود والبيض ونيل هو في جميع الألوان لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل نعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن امرئ الحدا هم وصار كالذكورة والانوثة وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللون يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السود من جانب وهذا يصير والبيض من جانب آخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد

الشاهد بين فعل وهو شرط فاختلا فهما في المكان أو الزمان يمنع القبول فإن الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلف المشهود به ثم قال أبو يوسف ومحمد رحم إذا اختلف شاهدان القذف في زمانا ومكانا لا تقبل شهادتهما وإن كان قولاً لأن كل واحد منهما إن كان انشاء فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وإن كان أحدهما انشاء والآخراخبارا فهما لا ينفقان لأن الانشاء أن تقول زنت أو انت زان والآخبار أن يقول قد فتك بالزنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل أنه سمع أحدهما الانشاء والآخراقرارا وكلاهما الاقرار وثبت عندهما قد نه فهما شهدا به *

قوله وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع إلى قوله وقال لا يقطع وهذا الخلاف فيما إذا كان المدعي يدعي سرقة بقرة نقط وأما إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء لا تقبل شهادتهما بالاجماع لأنه كذب أحد الشاهدين **قوله** وصار كالغصب بل أولى لأن امرئ الحدا هم أي الحدا عسر في الإثبات من الغصب لأن الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجل وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك الحدا فلم يثبت الغصب بهذه الشهادة أولى أن لا يثبت الحدا **قوله** وله أن التوفيق ممكن إلى قوله واللون يتشابهان (أو)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتهه **قال** ومن شهد لرجل انه اشترى عبدا من فلان بالف وشهد آخر انه اشترى بالف وخمس مائة فالشهادة باطله لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الشئ فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد وان المدعي يكذب احدهما هديده وكذلك اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي انل المالكين او اكثرهما

او يجتمعان فان قيل هذا احتيال وطلب توفيق لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتمل لدركه لا لاثباته فلان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكتفا نقله فصار كما اذا اختلفا في ثياب السارق وهذا لانهم باكتفان بيان القيمة ليعلم انه هل كان نصا با فاما اللون فلا واذا لم يكن القطع مضافا الى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات فيصح الاخبار به للاثبات احياء للحقوق بقدر الامكان والتوفيق ممكن وبهذا تبين ان الاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة اذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة فان قيل لو كانت البقرة على هذين اللونين يسمى بلقاء لا سوداء ولا بيضاء قلنا نعم ولكن في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهو عندة على ذلك اللون *

قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتهه اي الوقوف على صفة الذكورة والانوثة لا يكون الا بعد القرب منها وعند ذلك لا يشتهه فلا حاجة الى التوفيق **قوله** لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الشئ فان قيل المقصود الحكم وهو الملك لا السبب لما ان الاسباب لا تراعى لذاتها وانما هي وسيلة للمقصود فكيف يكون اثبات السبب مقصودا قلنا الحكم مقصود في حق الانتفاع حتى اذا ثبت الحكم لا يجب السؤال عن سببه انه باي سبب ثبت هذا فان الشهادة بالملك المطلق صحيح ولكن لو ثبت الحكم لا يثبت الا بسبب معين وقد وقع الاختلاف بين الشاهدين في حق ذلك السبب المعين فكان اثبات ذلك السبب المعين مقصودا للمدعي والشاهدين حتى يثبت الحكم بناء عليه لانه مقصود بنفسه وذكر شيخ الاسلام علاء الدين السمرقندي (في)

لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقدان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العبد اذا كان المدعي هو المرأة او العبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجود لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع

في شرح الجامع في آخر الباب من الاقرار الذي يختلف فيه المنطق قال السيد الامام اذا ادعى الشراء فشهدا احدهما بالشراء بالف والآخر بالشراء بالف وخمسائة تقبل ولو اختلف الجنس بان شهدا احدهما بالشراء بالف والآخر بالشراء بمائة دينار لا تقبل لان الشري الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسائة بان يشتري بالف ثم يزيد في الثمن خمسمائة فقد انتقأ على الشراء الواحد اما الشراء الواحد فلا يكون شري بالف درهم ثم يصير شري بمائة دينار كذا في الفوائد الظهيرية *

قوله لما بينا اشارة الى ان المقصود اثبات السبب **قوله** فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه اي خلافا وفاقا **قوله** لانه لا حظ له في الرهن فان الحق في الرهن للمرتهن دون الراهن بدليل ان للمرتهن ان يرد الرهن متى شاء والراهن ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء ولا معتبر لمنفعة سقوط الدين عن الراهن بهلاكه لانه موهوم عسى ان لا يثبت ومنفعة الحبس للمرتهن قائم متحقق فلا يفيد بينة الراهن على اثبات حق الغير **قوله** وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بعد تقدم الدين فتقبل البينة في حق ثبوت الدين كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبع للدين (قوله)

(كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآخر فهو دعوى الدين *

قال وأما النكاح وأنه يجوز بالغ استحساناً فإنه لا هذا باطل في النكاح أيضاً وإن كان في المال قال أبي يوسف رحمه الله مع قول أبي حنيفة رحمه الله أن هذا اختلاف في العقد لأن المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولا يبيح حنيفة رحمه الله أن المال في النكاح تابع والأصل فيه الحل والأزدواج والملك ولا اختلاف في ما هو الأصل فيثبت ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يتصلى بالأقل لا تفاهما عليه ويستوى دعوى أقل المالكين وأكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف في ما إذا كانت المرأة هي المدعية وفي ما إذا كان المدعي هو الزوج أجماع (عليه) لا تقبل لأن مقصودها قد يكون المال ومقصودها ليس إلا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرناه والله أعلم *

قوله وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآخر فهو دعوى الدين أما قيد بقوله والمدعي هو الآخر لأنه لو ادعى المستأجر عقد الإجارة بعد انقضاء مدة الإجارة كان ذلك منه اعترافاً بمال الإجارة فيجب عليه ما اعترف فلا حاجة فيه إلى اتفاق الشاهدين أو اختلافهما **قوله** يتصلى بالأقل لا تفاهما عليه ويستوى دعوى أقل المالكين أو أكثرهما في الصحيح فإن قيل في هذا تكذيب المدعي لأحد الشاهدين كما في البيع قلنا المال ليس بمقصود هنا لما أن النكاح يجوز بدون ذكر المال ولو أئزمت التكذيب أنها أئزمت في التبع والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل وهو العقد بخلاف البيع فإن المال مقصود فيه فالتكذيب في المقصود يوجب نفي الحكم لانعدام نصاب الشهادة **قوله** وقيل الخلاف في الفصلين وهما ما إذا كان المدعي هو الزوج وما إذا كان المدعي هو المهراد **قوله** وهذا أصح والوجه ما ذكرناه وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين من قوله لهما أن هذا اختلاف في العقد إلى أن قال ولا يبيح حنيفة رحمه الله أن المال في النكاح تابع والأصل فيه الحل وهذا الدليل لا يفرق بين أن يكون المدعي الزوج أو المرأة والله أعلم *

(فصل)

* فصل في الشهادة على الارث *

قال ومن اقام البينة على دارانها كانت لابیة اعارها واودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى للموارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند البيعة محمد بن خالد الا بيوسف رة هو يقول ان ملك الموارث ملك المورث نصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة بد الموارث وهما يقولان ان ملك الموارث متجدد في حق العين حتى يحجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة وبحل للموارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا ان يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما ذكره وقد وجدت الشهادة على اليدي مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاعني ذلك عن الجبر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يد جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تتقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصارت بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت

* فصل في الشهادة على الارث *

قوله ولا يكلف البينة انه مات وترك ميراثا له هذا بالاجماع اما عندا بيوسف ر ح فظاهر لانه لا يشترط الجبر والانتقال لقبول البينة لانه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت ثبت الملك للموارث ضرورة لانه يخلقه في املاكه فصارت الشهادة بانها كانت ملكا للمورث بمنزلة الشهادة للحمي بانها كانت له وبمنزلة الشهادة للمشتري انها ما كانت لبائعه وكذا على قولهما لانهما وان كانا يشترطان الجبر والانتقال الى الموارث في الشهادة لم يشترط ذلك هنا لان المدعي اثبت لمورثه يد في المدعى عند الموت بما اقام من البينة لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع فصارتا قامة البينة ان اباه مات والدار في يديه ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا هنا **قوله** في حق العين اي في حق احكام ترجع الى العين **قوله** وبحل للموارث الغني اي لولا تجدد الملك لما حل له ذلك **قوله** فلا بد من النقل بان يشهد وان مات وتركها ميراثا وان مات وهو ملكه **قوله** وكذا على قيام يده على ما ذكره اشارة الى ما ذكره بعد (بقوله)

(كتاب الشهادة فصل في الشهادة على الارث)

وان قال الرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف ر ح انها تقبل لان اليد متصورة كالملك لو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصلا ر كما اذا شهدوا بالاختصاص المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بسجھول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة ضدان فتعذر القضاء باعادة المجھول بخلاف الملك لانه معلوم فيه مختلف بجلاف الاختلاف لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لان يد ذي اليد معين ويد المدعي مشهود به ليس الخبر كالمعينة وان اقر بذلك المدعي عليه دعت الى المدعي لان الجھالة في المقرب لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان ان اقرارا بها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هنا الاقرار وهو معلوم بقوله لان الايدي عند الموت تنتقل بيد ملك بواسطة الضمان وذلك لان اليد عند الموت لا يخلو من ان يكون يد ملك او غصب او امانة فان كانت يد ملك فظاهر وكذا ان كانت يد غصب لانها يصير يد ملك لان بالموت ينتقل عليه الضمان ويصير المضمون ملكا له وان كانت يد امانة فيصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك ايضا فصارت الشهادة بيد ماطقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت والملك الثابت عند الموت ينتقل الى الوارث ضرورة *

قوله وان قال الرجل حي يعني اذا كانت الدار في يد رجل فادعاه رجل آخر ليست الدار في يده انها له فشهد الشهود على هذا الطريق قيد بقوله حي لانهم لو شهدوا للميت بانها كانت في يده وقت الموت تقبل الشهادة بالا جماع ويكون الدار لو ارثه وقد ذكرناه وقيد بقوله انها كانت في يد المدعي لانهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالاتفاق واما قوله منذ اشهر ليس بقيد فانه ذكر الامام التمر تاشي ر ح شهدوا الحي ان العين كان في يده لم تقبل وعند ابي يوسف ر ح تقبل **قوله** وان اقر بذلك المدعي عليه يعني قال المدعي عليه ان هذه الدار كانت في يد المدعي هذا وكذا لو شهد الشاهدان ان المدعي عليه اقر انها كانت في يد المدعي تقبل شهادتهما لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم وانما الجھالة في المقرب وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعي عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله * (باب)

* باب الشهادة على الشهادة *

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليه إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى اتواء المحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث أن فيها زيادة احتمال وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تدرى بالشبهات كالأحدود والنقصان وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي ربح لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان لأن كل شاهدين قائلان مقام شاهد واحد فصار كالمراأتين

* باب الشهادة على الشهادة *

قوله وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة عبادة بدنية لزممت شاهد الأصل وليست بحق المشهود له بدليل أنه لا يجوز الخصوصية فيها والاجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية أو لأنه متمكن زيادة الشبهة فيها إذا أخبر إذا تناسخها إلا أنه يتمكن فيها زيادة ونقصان إلا أنهم تركوا القياس إحياء للحقوق **قوله** ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت أي ولشدة الحاجة إليها جوزنا الشهادة على شهادة الفرع ثم وثم إلا أن فيها شبهة بدلية فلا تقبل فيما يندري بالشبهات كالأحدود والنقصان كشهادة النساء مع الرجال بل أولى لأن شهادة النساء مع الرجال في صورة الخلف وليس بخلف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استشهاد رجلين وهذه خلف حقيقة حتى لا يصار إليها إلا عند العجز عن شهادة سائر الأصول وإن لم يشترط العجز عن شهادة سائر الأصول وقالوا إن معنى البدلية لا يقوى لأن القاضي يقضي بشاهد يشهد أصلاً وبشهادة شاهدين على شهادة آخر ولا يجوز تكميل الأصل بالبدل كما في الوضوء والتميم ويجوز القضاء بذلك مع القدرة على شهادة الأصول ولكن في الشهادة على الشهادة زائدة يمكن الاحتراز عنها (بجنس)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على الشهادة)

والقول علي رضي لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما رويما وهو حجة على مالك رح ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة

بجنس الشهود بان يكثر الاصول فاذا اظهر لبعضهم عذر يمتنع بعضهم لان الشبهة في عامة الشهادات تثبت في المشهود به احق هو ام لا وهما تثبت بشبهة زائدة في نفس الشهادة هل انما وجدت من الاصول ام لا فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين اذا شهدا على شهادة شاهدين ان القاضي بلدة كذا ضرب فلانا حداني قدف فهو جائز قلنا لان المشهود به فعل القاضي لانفس الحد وفعل القاضي مما تثبت بالشبهات واما الذي لا يثبت بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان قيل اليس ان اقامة الحد مستط للشهادة بطريق العقوبة قلنا لا ولكن رد شهادته من تمام الحد فيكون سببه ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف *

قوله والقول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فوجه تمسك بهذا هو ان الاثر دل على جواز الشهادة على الشهادة بالشاهدين مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ومن قال به كان يقيدا لاطلاق بغير دليل اذ لم يرو عن غيره خلافة وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان لا يجوز شهادة الفرعين من اصلين لان الفرعين لما شهدا على شهادة اصل واحد صار بمنزلة اصل واحد ثم لو شهدا ايضا عن اصل آخر صار بمنزلة احدا اصلين شهد عن نفسه وعن اصل آخر قلنا الفرعان نصاب تام في الشهادة لانه شهادة رجلين اما الاصل الواحد فهو فرد غير متعدد في نفسه فلا يصلح ان يقوم مقام نفسه ومقام صاحبه لا تحقيقا ولا تقدير **قوله** من الحقوق اي من حقوق الناس لانه يجب على كل واحد من الاصلين ان يؤدي ما عليه اذا طال به المدعي **قوله** لما رويما اي من قول علي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وانه يجوز شهادة (١)

وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسي ان الفرع كالتائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جازلان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكره شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقتصر منه وخبر الامور ارسطها

الواحد على شهادة الواحد لان الفرعي قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة *

قوله ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي اي لا بد ان يشهد الاصل كما يشهد عند القاضي لينقله شاهد الفرع الى مجلس القاضي ولا بد من التحميل وهو ان يقول اشهد على شهادتي ولا يقول اشهد علي بذلك لانه يحتمل ان يكون على اصل الحق المشهود به وهو امر بالكذب وكذا لا يقول فاشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون مراده فاشهد بمثل شهادتي فيكون امرا بالشهادة على اصل الحق **قوله** لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل لانه يشهد على شهادة الاصل **قوله** وذكر التحميل لم يشترط بعض العلماء ذكر التحميل **قوله** ولها لفظ اطول من هذا وهو ان يكون يقول الفرعي بين يدي القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان فلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الان فيحتاج الى ذكر ثمانين شيئا وفيما ذكر في الكتاب خمس شيئا وما ذكر في الكتاب هو اختيار شمس الائمة الحلواني ر **قوله** واقتصر عنه وهو ان يقول الفرعي هذا القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا اجاز (وفيه)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على الشهادة)

ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد ر ح لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لان لا بد من نقل شهادة الاصول لتبرحجة فيظهر تحميل ما هو حجة **قال** ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوارها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السهو لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما

وفيه شيان فلا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه ابي الليث ر ح واختيار استاذ ابي جعفر وهكذا ذكر محمد ر ح في السير الكبير وحكي ان فتهاء زمن ابي جعفر كانوا يحالفون ابا جعفر في ذلك وكانوا يشترطون زيادة تطويل في اداء الفرعي فاخرج الرواية من السير فالتدريج فاعتد احد على هذا كان في سعد من ذلك وهو سهل وايسر كذا في الذخيرة والمفني *

قوله ومن قال اشهدني فلان على نفسه اي اشهدني المقر على اقراره لم يشهد السامع على شهادته اي لا يحل للسامع ان يشهد على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد ر ح وذلك لان الشاهد الفرعي لا علم له بالحق لكنه ينقل شهادة غيره عند محمد ر ح بطريق التوكيل حتى لو رجع الاصول دون الفروع وجب الضمان على الاصول في قول محمد ر ح ولو رجع الاصول والفروع جميعا تخبر المشهود عليه ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع فلا يصير الوكيل وكيلا عن الموكل الا بالامرة وفي الفوائد الظهريّة ومعنى قوله حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع ان المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع وليس معناه انه يقضى بالنصف على الاصول والنصف على الفروع بل هذا كالتعاصب مع غاصب الغاصب فلم يغصب منه ان يضمن أيهما شاء في الذخيرة فان ضمن الفروع (فالفروع)

حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رح انه ان كان في مكان
لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن

فالفرع لا يرجعون على الاصول كما في باب الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني
لا يرجع به على الغاصب الاول وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفرع ايضا بخلاف
ما لو ضمن المالك الغاصب حيث يرجع به على غاصب الغاصب واما عندهما
فلان الحكم وان كان يضاف الى الفرع حتى يجب الضمان عليهم دون الاصول
عند الرجوع ولكن تحصلهم انما يصح اذا عاينوا ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القضاء
ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة ويظهر ان التحمل حصل
بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفي الفوائد الظهرية فقولهم
في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القضاء فلا يحصل العلم للفرع
بقيام الحق بمجرد شهادة الاصول مزيف لان الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة
ان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد له من طريق آخر وهو ان الشهادة
على الشهادة لا تجوز الا بالتحمل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته
من وجه وهو ان الشهادة حق مستحق على الاصل يجب عليه اقامتها واثم بكتماها متى
وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه
عنه يجوز وان لم يكن بامره فبا اعتباره هذا لا يشترط الامر بصحتها غير ان فيها مضرة
من حيث انها جهة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته
بدون امرة مضرة فبا اعتباره هذا يشترط الامر بصحتها وصار هذا كمن له ولاية في انكاح
الصغيرة اذا نكحها اجنبي بغير امرة لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه *

قوله حتى ادير عليه عدة من الاحكام نحو قصر الصلوة والنظر في الصوم وامتداد مسح
الخف الى ثلاثة ايام وعدم وجوب تكبيرات الشريق على قول ابى حنيفة رح (والاضحية)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على الشهادة)

والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث **قال** فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صحيح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة * **قال** وان سكنوا عن تعدلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عندنا بيوسف رح وقال محمدرح لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدل فان لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولا بي يوسف رح ان الماخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدل كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا *

والاخصية والجمعة وحرمة خروج المرأة من غير محرم او زوج * **قوله** والثاني ارفق وهو ما قال ابو يوسف رح انه ان كان في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله وذكر في الذخيرة بعد ذكر قول ابي يوسف رح وكثير من المشائخ اخذوا بهذه الرواية ثم قل وروي عن محمدرح ان الشهادة على الشهادة تجوز كيف ما كان حتى روي انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لان شاهد الفرع اذا سلم مزكيا فلا فرق بين تزكيته وتزكية غيره وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صحيح لما قلنا انه من اهل التزكية غاية الامور اي غاية ما يرد فيه من امر الشبهة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث ينفذ القاضي قوله على موجب ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه مع احتمال انه انما يشهد ليصير مقبول القول وان لم يكن له شهادة كيف يتهم وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة وعن محمدرح لا يثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية وان قال الفرعان لا تخبرك لا يقبل القاضي شهادتهما (و)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على الشهادة)

قال

وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط * واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانة يدان في درهم وقالوا اخبرانا انهما يعترفانها فجاء بامرأة وقال الاندري آهي هذه ام لافانة يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة واعلمنا غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعي عليه وكذا اذا انكر المدعي عليه ان المحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه *

وعن ابي يوسف ر ح اذا قال الفرعان لا نخبرك يسأل غير الفرعين عن الاصول واو قال الفرعان لا نعرف الاصل اعدل ام لا قال الشيخ الامام ابو الحسن علي السغدري ر ح وقول الفرع لا نخبرك سواء وقال شمس الائمة الحلواني ر ح اذا قال لا نعرفه اعدل ام لا لا يرد القاضي شهادة تهما ويسأل عن الاصول غيرهما هو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا واما اذا شهد شاهدان عند القاضي بشيء والقاضي يعرف عدالة احدهما ولا يعرف عدالة الآخر فعليه هذا العدل اختلف المشائخ فيه قال بعضهم يصح تعديله كما لو عدله رجل غيره وقال بعضهم لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما ولا يصح تعديله *

قوله

وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع ومعنى المسئلة انهم قالوا مالنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا او غابوا ثم جاء الفرع يشهدون على شهادة تهم بهذه الحادثة اما مع حضر تهم فلا يلتفت الى شهادة الفرع وان لم ينكروا وهذا لان التحميل شرط وقد فات للتعارض بين الخبرين **قوله** يشهدان على ان المحدود في يد المدعي عليه وفائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى تظها اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع والمحدود في يد المشتري ولي استحقاق الشفعة اما لو كان المدعي هو البائع يطالب المشتري بالتمن فلا حاجة الى كون المحدود في يد المشتري (قوله)

(كتاب الشهادة باب الشهادة على الشهاد)

قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته يتفرد بالقل ولو قالوا في هذين البابين التسمية لم يجز حتى ينسبوا الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بنى تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقبل الفرغانية نسبة عامة والا و زجندية خاصة وقبل السمرقندية والبخارية عامة وقبل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رح خلا فالابيوسف رح على ظاهر الرواية فذكر الفخذ يقوم مقام الجد

قوله وكذلك كتاب القاضي الى القاضي اي اذا ورد كتاب القاضي الى القاضي وفيه شهد بين يدي فلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا من المال وانكر ذلك الرجل ان يكون هو فلان بن فلان لا يكون الكتاب حجة في حقه ما لم يشهد آخر ان انه فلان بن فلان وهذا لان كتاب القاضي لقل الشهادة كالشهادة على الشهادة الا ان القاضي بولايته وامانته يتفرد بالقل **قوله** ولو قالوا في هذين البابين اي في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي فلان ثبت فلانة التسمية لم يجز حتى ينسبوا الى فخذها وهي القبيلة الخاصة الفخذ آخر القبائل الست كذا في الصحاح وفي الكشف قوله تعالى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا الشعب الطبقة الاولى من الطبقات الست التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة يجمع العمارة والعمارة تجمع البطون والبطون تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصائل حزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت الشعب لان القبائل تنسب منها فعلى هذا لا يكون الفخذ هي القبيلة الخاصة والمراد بالفخذ في الكتاب القبيلة الخاصة وفي الديوان الشعب بفتح الشين والعمارة بكسر العين **قوله** ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رح خلا فالابيوسف رح فان عنده يتم بذكر الاب ولا يحتاج الى ذكر الجد في التعريف (قوله)

(كتاب الشهادة فصل في شاهد الزور)

لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى والله اعلم *

* فصل *

قال ابو حنيفة رح شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزرة وقالوا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رح لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة بتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شربا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم

قوله لانه اسم الجد الاعلى اي في القبيلة الخاصة فنزل منزلة الجد الادنى وهو اب والاب والله اعلم *

* فصل *

شاهد الزور يشهرويعزر ان يقر على نفسه بالكذب متعمدا فيقول كذبت فيما شهدت متعمدا او يشهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود بقتله حيا حتى ثبت كذبه بيقين ولا طريق لاثبات ذلك بالبينه لانه نفي لشهادته والبينه حجة الاثبات دون النفي فاما اذا قال غلطت او اخطأت اوردت شهادته لتهمة او لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر **قوله** سخم وجهه اي سوده من السخام وهو سواد القدر واما بالحاء المهملة من الاسخم الاسود فقد جاء كذا في المغرب وفي المغني ولا يسخم وجهه يروي هذا اللفظ بالحاء والخاء جميعا **قوله** ولان هذه كبيرة قال عليه السلام ايها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل من الكبراء فقال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وشهادة الزور واذا ثبت انه مرتكب للكبيرة قلنا يعزر على ذلك ويشهر لعلام الناس حتى لا يعتمدوا شهادته بعد ذلك **قوله** وله ان شربا كان يشهر ولا يضرب (فان)

(كتاب الشهادة فصل في شاهد الزور)

ثم تفسير التشهير منقول من شريح رح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر اجمع ما كانوا يقول ان شريح يقرءكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكروا شمس الائمة السرخسي رح انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهد ابرور لم يضربا ولا يضربان وفائدة ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقتر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفى الشهادة والبيانات للآيات والله اعلم *

فان قيل اليس ان ابا حنيفة رح لا يرى تقليد التابعين حتى روي عنه انه قال لا يقلدهم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد وقال مشائخنا الماخرون انما ذكرنا ابو حنيفة رح اقاويل التابعين في كتب البيان انهم يستبد بهذا القول بان سبعة غيره وقال متبعنا لا مخترعا فلما ذكر في النوادر عن ابي حنيفة رح من كان من الائمة التابعين واقفى في زمان الصحابة وزاحمهم في الفتوى وسوغوا له الاجتهاد فانا قلده مثل شريح والحسن ومسروق وعلامة رحمهم الله وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى الجواب وعلى ظاهر الرواية قالوا لم يذكر قوله محتجابه بل محتجا بتجوير الصحابة فعله فان قضاءه وتشهيره كان بمحض من عمر وعلي رضي الله عنهما فانه كان قاضيا في عصرهما فما يشتهر عن قضائيه كما مروى عنهما وكان هذا في الحقيقة احتجاجا بقولهما و ابو حنيفة رح يرى تقليد كل من كان من الصحابة كذا في الجامع الصغير للامام المحبوبي وذكر الامام العلامة النسفي رح في الكافي وشريح كان قاضيا في زمن الصحابة ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع فكان هذا مند احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليد الشريح لانه لا يرى تقليد التابعي **قوله** وفائدة انه اي فائدة وضع الجامع الصغير ان شاهد الزور انما يعرف ان شهادته كانت زورا وكذبا باقراره لا غير ولا يعرف ذلك بالبينة لانه نفى الشهادة والبيانات للآيات * (كتاب)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

* كتاب الرجوع عن الشهادات *

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المشهود عليه * فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينتقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به * وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لا قرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقره من بعد انشاء الله تعالى * ولا يصح الرجوع الا بحضور الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اى قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر والسرو الا اعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضا فلوادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يبينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعاً باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح * واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبب على وجه التعدي سبب الضمان

* كتاب الرجوع عن الشهادات *

اعلم ان للرجوع ركناً وحكماً وشرطاً فركنه قول الشاهد بعد ما شهد رجعت عما شهدت به او يقول شهدت بزور فيما شهدت وشرط جوازه ان يكون الرجوع عند القاضي وحكمه وجوب التعزير كما بينا والضمن مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به ما لا وقد ازاله بغير عوض * **قوله** ولا يصح الرجوع الا بحضور الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اى قاض كان فان قبل ينبغي ان لا يكون الرجوع مختصاً بمجلس القضاء لان الرجوع عن الشهادة اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بالضمان لا يختص بمجلس القضاء (قلنا)

(كتاب الرجوع من الشهادات)

كحافر البير وقد سبباً للتلافى نعد يا وقال الشافعي رح لا بضمان لانه لا عبرة
للتسبب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشرة وهو القاضي

قلنا ما كان شرطاً في الابتداء يكون شرطاً في البقاء كالمبيع فان وجوده شرط لصحة البيع
فكان بقاءه شرطاً لصحة الفسخ فمجلس القضاء شرط لصحة الشهادة فكذا يجب ان يكون مجلس
النقصاء شرطاً لفسخ الشهادة وهو الرجوع عن الشهادة ولا يلزم على هذا احضار رأس
مال السلم فاندليس بشرط في فسخ السلم مع انه مشروط في ابتداء عقد السلم لا نقول اشتراط
وجود رأس مال السلم في مجلس عقد السلم لا عقد السلم بل يفسد السلم بعد الصحة اذا افترقا
لا عن قبض احترازاً عن الكالئ بالكالئ وذلك المعنى لا يوجد في الفسخ *

قوله كحافر البئر اي في فارة الطريق فان ثقل الساتط فيها عللة التلف والمشى سبب والحفر
مشرط لا نداء زال المانع من السقوط والثقل امر طبيعي لا يصلح لاضافة التلف اليه والمشى مباح
لا تعدي فيه فاضيف الحكم الى الحفر لان الحافر متعدي فيه وهنا لا يمكن ايجاب الضمان على
القاضي وان حصل الاتلاف بقضائه لانه بمنزلة الملجأ من جهة الشاهدين الى القضاء فان بعد
ظهور عدائتهما وجب عليه القضاء شرعاً حتى لو امتنع منه بآثم وعزل ويعزر ولا يمكن استيفاءه من
المدعي لان الحكم ماض فاجبنا الضمان على الشاهدين لانهما سببان وقد اقر على انفسهما
بالتعدي **قوله** وقال الشافعي رح لا بضمان لانه لا عبرة للسبب عند وجود المباشرة ولا يلزم عليه
القصاص على الشهود اذا رجعوامع وجود المباشرة من الولي على اصله لانه انما اعتبر السبب
ثمة احتياطاً في امر الدماء وتعظيمه الا يرى انه يقول بالقصاص في باب القسامة ولحديث
علي رضي الله عنه حيث قال لشاهدي السرقة حين رجعا ولو علمت انكما تعمدتما
لنقطعت ايديكما قلنا حديث علي رضي الله عنه كان للتهديد لانه صح من مذهب علي
رضي الله عنه ان اليمين لا تقطعان بيد واحدة وقد يهدد الامام بما لا تحقق له قال عمر
رضي الله عنه ولو تعمدت الى المنعة لرجمت والمنعة لا توجب الرجم بالاتفاق (قوله)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

لأنه كالملجأ إلى القضاء وفي إيجابه صرف الناس من تقلده وتعدراستيفاء من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبب وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لأن الاتفاق بد يتحقق ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين *

قال فإن رجع أحدهما ضمن النصف والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لارجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق * وإن شهد بالمال ثلثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة

قوله لأنه كالملجأ إلى القضاء ولم يقل أنه ملجأ لأنه لو صار ملجأ حقيقة بشهادة الشهود على الحكم لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد إذا ظهر كذبهم كما في المكرة وليس كذلك وذلك لأن الملجأ حقيقة هو من يخاف العقوبة الدنيا ودية والتقاضي ههنا إنما يخاف العقوبة في الآخرة ولا يصير به ملجأ حقيقة لأن كل أحد يقهر الطاعة خوفا من العقوبة على تركها في الآخرة ولا يصير به مكرها **قوله** وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لأنه تحقق الخسران عند تسليم المال إلى المقضي له فاما ما بقيت يده على المال فلا يتحقق الخسران في حقه ولأن الضمان مقدرا بالمثل وهما اتلفا عليه ديناً حين الزمهما بشهادتهما ذلك فإذا ضمنهما قبل ذلك فقد استوفى منهما عينا في مقابل دين ولا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين وفي الأعيان أن يثبت الملك للمقضي له بالتقضاء ولكن المقضي عليه يزعم أن ذلك باطل وأن المال في يده ملكه فلم يكن له أن يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بتقضاء القاضي كذا في المبسوط وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام أن كان المشهود به عينا فالللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع قبض المشهود له العين أو لم يقبض لأن الشهود أزالوا الملك عنه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرف المشهود عليه فيه فلواز لنا العين عن ملكه بأخذ الضمان منهما لا يبقى المماثلة بخلاف ما إذا كان المشهود به دينا **قوله** والأصل أن المعتبر في هذا بقاء (من)

(كتاب الرجوع من الشهادات)

والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى ان يمتنع * فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لان بقاء احدهم يبقى نصف الحق * وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمن ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع بقاء من بقي * وان رجعتا ضمننا نصف الحق لان شهادة الرجل بقي نصف الحق * وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق * وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رح وقالوا على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وامن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولا يبي حنيفة رح ان كل امرأتين فامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلمن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا * فان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لا قلنا * ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم * **قال** وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهد اباقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف

من بقي لا رجوع من رجع لانه لو اعتبر رجوع من رجع كان الضمان واجبا على الراجع مع بقاء الحق عند وجود مبقية وهو الشاهدان بان شهد ثلاثة ورجع واحد *

قوله والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى ان يمتنع كمن غصب مال انسلن واتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبيئة فلا ضمان للمتلف عليه على المتلف اذا لم يضمن المستحق شيئا وان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لانه بقي على شهادة من بقي به نصف المال ويجوز ان لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة كابتداء الحول (لا)

لان التضمن يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتقوم بالتملك لانها تصير
متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذلك اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة
بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف
بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض
وبينه بغير عوض * وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض
قال وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا
الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض

لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب فان قيل ينبغي ان يضمن
الراجع الثاني فقط لان التلف اضيف اليه قلنا التلف يضاف الى المجموع لان رجوع
الاول لم يظهر اثره بمانع وهو بقاء من بقي فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف بهما *

قوله لان التضمن يستدعي المماثلة على ما عرف ولا مماثلة بين البضع والمال فاما عند دخوله
في ملك الزوج فقد صار متقوما لظهور الخطر حتى يكون مصونا عن الابتدال ولا يملك مجانا فان
ما يملكه المرأة مجانا لا يعظم خطره وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا
المعنى لا يوجد في طرف الازالة وقال الشافعي رح يضمنان لها ما زاد على ما شهدا الى تمام مهر
مثلها واصل المسئلة ما اذا شهدا شاهدان بالتطبيقات الثلث بعد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة
لم يضمنا شيئا عندنا وعند الشافعي رح يضمنان للزوج مهر المثل وكذلك ان اقتل امرأة رجل
لم يضمن القاتل شيئا من المهر عندنا وعند الشافعي رح يضمن مهر المثل وكذلك لو ارتدت المرأة بعد
الدخول لم تغرم للزوج شيئا عندنا وعند الشافعي رح للزوج مهر المثل عليها لان البضع متقوم
بدليل انه متقوم عند دخوله في ملك الزوج فبتقوم عند خروجه من ملكه ايضا لانه انما يخرج
من ملكه عين ما دخل في ملكه فمن ضرورة التقوم في احدي الحالتين التقوم في الحالة الاخرى
كمالك اليمين فانه يتقوم عند ثبوته ابتداء ويتقوم ايضا عند الازالة بطريق الابطال وهو العتق حتى
يضمن شهود العتق القيمة اذا رجعا **قوله** وكذا اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار (مهر)

{ كتاب الرجوع عن الشهادات }

ولا فرق بين ان يكون البيع بائنا وفيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلغى اليهم * وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بهائم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكداهما ناعلى شرف السقوط الا ترى انها لو طاعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر

مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك فان قيل منافع البضع كيف يصلح عوضا عن المهر وان المرأة ليست بمال ومنافع البضع ايضا ليست بعين مال بدليل انه ثبت الحيوان دينيا في اذمة بدلا عنها قلنا منافع البضع حالة الدخول في الملك اعطيها حكم المال شرعا بدليل ان الشرع جوز للاب ان يزوج ابنه الصغيرة امرأة بغير مثلها من مال الصغير والوالد لا يملك ازالة ملك الصغير الا بعوض يعدله الا ترى انه لو ذاع ابنته الصغيرة بمالها لم يجز *

قوله ولا فرق بين ان يكون البيع بائنا وفيه خيار البائع فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بهذا البيع فينبغي ان لا يضمنا شيئا قلنا زوال الملك وان تأخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائده فكان الاتلاف حاصلًا بشهادتهما والبائع كان منكرا لاصل البيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار مع انكاره لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع فيظهر كذبه عند الناس والعامل يتحامي من مثله فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في دفع الضمان عن الشاهدين **قوله** ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل هو فسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل وهو البضع الى المرأة كما كان صار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض وفي كل موضع اذا تم الفسخ يجعل كان العقد لم يجريين المتعاقدين لعود ما كان لهما الى ملكهما كما لا فعلى هذا التقدير كان وجوب نصف المهر (على)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

كلمة في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المنفعة فكان واجبا بشهادتهما **قال** وان شهدا على انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء اليهما * وان شهدا بقبض صاحب ثم رجعا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي رح يقتص منهم لوجود القتل منهم تسببا

على الزوج ابتداء لكون العتد بسبب الفسخ كان لم يكن وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شهادة الشاهدين فعند الرجوع يضمنان للزوج ما اتلفا عليه من وجوب نصف المهر *

قوله كما مر في النكاح اي في باب المهر **قوله** وان شهدا على انه اعتق عبده وقضى القاضي به ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما اتلفا عليه ملكا هو مال متقوم فيضمنان موسرين كانا ومعسرين لان هذا ضمان اتلاف الملك وانه لا يختلف باليسار والاعسار ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بشبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضا عما اتلفا عليه من ملك المال فان قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق قلنا بقضاء القاضي بالحجة صار مكذبا شرعا لان القاضي لما قضى بالعتق من المولى تبعه الولاء وشهود الكتابة عند الرجوع يضمنون قيمة العبد بخلاف شهود التدبير فانهم يضمنون النقصان عند الرجوع دون قيمة العبد والفرق بينهما ان الشاهدين في الكتابة حالايين المولى وبين مال العبد بشهادتهما عليه فكان بمنزلة الغاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانهما حالايين المولى ومدبرة لكن انتقص بالتدبير مالية العبد فيضمنان النقصان ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه لانه قبل رجوع الشاهدين ما كان يعتق الا بعد اداء جميع الالف للمولى فكذلك حاله مع الشاهدين بعد ما ضمنا القيمة واذا ادعى عتق والولاء للذي كاتبه لان الشاهدين قاما مقام المولى في قبض بدل الكتابة منه فاذا واه اليهما كادائه الى المولى وان عجز ورد في الرق كان (ملولا)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

فأشبه المكرة بل أولى لان الولي يعان والمكرة يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسببها لان السبب ما يفضي اليه غالباً وههنا لا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكرة لانه يؤثر حيوته ظاهراً ولان الفعل الاختباري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئد للقصاص

لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين اذ المكاتب ليس بمحل القتل من ملك الى ملك فرجوعهم غير صحيح في حقه ويرد المولى ما اخذ من الشهود عليهم لان الحبولة قد زالت بعجز المكاتب وهو نظير غاصب المدبر اذا ضمن القيمة بعدما بقى ثم رجع فيكون مردوداً على مولاه ويرد المولى على الغاصب ما اخذ منه *

قوله فأشبه المكرة وبيان الشبهة ان المكرة مسبب غير مباشر وكذلك الشاهد مسبب غير مباشر والمكرة يقتل قصاصاً فكذلك الشهود **قوله** بل أولى وبيان الاولوية ان الشهادة في السببية والافضاء الى القتل فوق الاكراه لان الولي يعان على استيفاء القصاص والمكرة يمنع عنه شرعاً وعادة فعسى يمتنع المكرة من المباشرة فلا يفضي الى القتل غالباً فاذا قتل المكرة وهو المسبب فلان يقتل الشاهد وهو في التسبب فوق المكرة أولى **قوله** لان العفو مندوب قال عز سبحانه فمن تصدق به فهو كفارة له عقيب قوله والجروح قصاص وقال وان تغفوا قرب للمتقوى وعن النبي عليه السلام من كظم غيظاً وهو يقدر على انفاذه ملأ الله قلبه امناً واثماناً وروى تادي مناد يوم القيمة ابن الذين كان اجورهم على الله فلا يقوم الا من عفا **قوله** ولان الفعل الاختباري مما يقطع النسبة اي القتل الصادر من الولي باختياره الصحيح من غير اجبار مما يقطع نسبة القتل الى الشهود فكان الفعل متصوراً على الولي فلم يكن الشاهد قتلان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة الى الاول كمن حل قيد عبد انسان فابق العبد لاضمان على الحال لما قلنا بخلاف المكرة فان له اختياراً فاسداً وللمكرة اختباراً صحيحاً والفاسد في مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم فصار المكرة بمنزلة الآلة للمكرة فلذلك انتقل فعل المكرة الى المكرة *

(قوله)

(كتاب الرجوع عن الشهادات)

بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلّف مضافاً إليهم ولورجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لأنهم أنكروا السبب وهو ألا شاهد فلا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رح وعنده أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يراين من الحجة وهي شهادة تهم وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا ولورجع الأصول والفروع جميعاً يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لأن القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرنا وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكره فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمن وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادة تهم لم يلتفت إلى ذلك لأن ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع *

قوله بخلاف المال أي الدية **قوله** لأنهم أنكروا السبب أي سبب اتلاف مال المدعى عليه وهو ألا شاهد على شهادة تهم ولا يبطل القضاء للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء لأنهم أنكروا التحميل ولا بد منه **قوله** لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرنا أي أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله إشارة إلى قولهما إن القاضي يقضي بما يراين من الحجة وهو شهادة الفروع بشهادة الأصول من الوجه الذي ذكرنا أي محمد رح من قوله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول **قوله** والجهتان متغايرتان لأن شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول فلا يجمع (بينهم)

(كتاب الرجوع من الشهادات)

قال وإن رجع المكون من التزكية ضمنوا وهذا عند أبي حنيفة راجع وقال لا يضمنون لأنهم اثنوا على الشهود خير انصاروا كشهود الاحصان وله أن التزكية أعمال للشهادة إذا القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لأنه شرط محض وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لأنه هو السبب وانتلف يضاف إلى مثبتى السبب دون الشرط المحض لأن ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط

بينهم في التضمن أي لا يقال أن كل فريق يضمن النصف بل يجعل كل فريق كالمفرد والشهود عليه الخيار كما غاصب مع غاصب الغاصب فإن للمغصوب منه أن يضمن أيها شاء *

قوله وإن رجع المكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند أبي حنيفة راجع وقال لا يضمنون لأنهم اثنوا على الشهود نصاروا كشهود الاحصان وله أن التزكية أعمال للشهادة لأن الشهادة إنما تصير حجة بالعدالة والعدالة إنما تثبت بالتزكية فصارت في معنى علة العلة كالرمي فانه سبب لمضي السهم في الهواء وذاسبب الوصول إلى المرمى وذاسبب الجرح وذاسبب ترادف الآلام وذاسبب الموت ثم الموت أضيف إلى الرمي الذي هو العلة الأولى حتى يجب عليه أحكام القتل من القصاص والدية بخلاف شهود الاحصان لأنه شرط محض والشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا مالم يس بموجب موجباً وأما الشهادة فلا توجب شيئاً بدون التزكية فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما وهذا يشترط الذكورة في المزكين كشهود الزنا ويثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال ثم الاحصان في معنى العلامة لأن حكم الشرط أن يمنع انعقاد العلة أي أن يوجد الشرط والزنا إذا وجد لم يتوقف علمه على احصان يحدث بعده فانه إذا زنى ثم احصن لا يرجم ولكن الاحصان إذا ثبت كان معر فالحكم الزنا ثبت أنه علامة لا شرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب إذ الحكم لا يضاف إلى المظهر فلهذا لم يضمنوا بحال

قوله وإذا شهد شاهدان باليمين يعني شهد أنه قال لعبدته أن دخلت الدار (فانت)

(كتاب الوكالة)

ولورجع شهود الشرط وحدثهم اختلف المشائخ فيه ومعنى المسئلة يمين العناق والطلاق قبل الدخول
* كتاب الوكالة *

فانت حرا وقال لامرأته وهي غير مدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق *
قوله ولورجع شهود الشرط وحدثهم اختلف المشائخ فيه قال بعضهم يضمنون لان الشرط
اذا سلم من معارضة العلة سلم علة لان العلل لم تجعل عللا بذواتها فاستقام ان يخلفها
الشروط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات والى هذا
مال شمس الاثمة السرخسي والى الاول فخر الاسلام البزدوي ولو شهدا بالتفويض
وآخران بانها طلقت او اعتقت فالتفويض كالشرط *
* كتاب الوكالة *

الوكيل القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء فكانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه
الامر اي مفوض اليه والوكالة بالكسر مصدر الوكيل والفتح لغة ومنه وكله بالبيع فتوكل
به اي قبل الوكالة وقولهم الوكيل الحافظ والوكالة الحفظ فذاك مسبب عن الاعتماد
والتفويض كذا في المغرب والوكالة في اللغة اسم للتوكيل وهو تفويض التصرف الي الغير
وسمي الوكيل بدلان الموكل وكل اليه القيام بامر اي فوضه اليه واعتمد فيه عليه وقبل
التوكيل في الشرع عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم حتى ان
التصرف اذا لم يكن معلوما ثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ وهي مشروعة
بالكتاب قال الله تعالى فابعثوا احدكم بورككم هذه الى المدينه اخبر الله تعالى عن اهل
الكهف انهم وكلوا واحدا منهم بشراء الطعام وما قص الله تعالى عن الامم الماضية بلا انكار
يكون شريعة لنا مالم يظهر ناسخه والسنة فقد وكل رسول الله عليه السلام حكيم بن حزام
بشراء اصبهنة واجماع الامة والمعقول فقد يعجز الانسان عن حفظ ماله عند خروجه
الى السفر وقد يعجز عن التصرف في ماله لقله هدايته وكثرة اشغاله وكثرة ماله فيحتاج (الى)

(كتاب الوكالة)

قال كل عقد جازان يعقده الانسان بنفسه جازان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الي ان يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي م م

الى تفويض التصرف الى الغير بطريق الوكالة فان قيل التوكيل صحيح عند عدم العوارض فلو كانت صحة الوكالة بسبب هذه المعاني لانتصرت فيها قلنا حكمته الحكم تراعى في الجنس لا في الافراد كالسفر مع المشقة وهذا من قبيل ذلك *

قوله كل عقد جازان يعقده الانسان بنفسه جازان يوكل به غيره ولا ترد على هذا صحة توكيل المسلم الذمي بشي من الخمر وبيعتها لان ذلك عكس وليس بطرد فلا يرد نقضا لانه لم يقل كل عقد لم يجز له ان يعقده بنفسه ولا يجوز ان يوكل به غيره فان قيل يرد في طرده نقض وهو ان الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له ان يوكل المسلم ببيعها قلنا الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ويملك توكيل غيره ببيعها ايضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنى في المسلم وهو انه ما مور بالاجتناب عنها في جواز التوكيل ببيعها اقترابها والحرمة اذا جاءت من قبل المحال لا يكون هي مانعة لعبارة التصرف بالنظر الكل حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطئها لا يرد عليه الجائز والمحرمة لانا نقول هناك جائز ايضا الا ان المنع من الوطئ جاء من قبل المرأة لمعنى عارض حتى اذا انعدم هذا المنع ظهر الحل الذي ثبت بالنكاح الصحيح فان قيل يشكل على هذا الاستقراض فانه لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز قلنا التوكيل تفويض التصرف وانما يصح ذلك فيما ينفذ فيه تصرفه ويصح امره وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ولان نقول بان التوكيل بالشراء صحيح من حيث انه امر بملك المشتري لان المشتري ملك الغير وانما يصح لانه امر بالجواب الثمن في ذمة الموكل وذمته ملكه وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه (في)

(كتاب الوكالة)

وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن سلمة رضي الله عنه **قال** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلًا وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر رضى * وكذا بايغائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندري بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي

في الاستقراض لان البدل في باب القرض انما يجب دينًا في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر ولا بالقبض حتى يستقيم الامر بايجاب المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح لانه ملك الغير وهذا الواخرج الكلام مخرج الرسالة بان قال ارسلني اليك فلان يستقرض منك كذا فصح ثبوت الملك للمرسل ولا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه لان الرسالة موضوعة لنقل العبارة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو ملكه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا كان حقوق العقد يرجع اليه فلا يمكننا تصحيح هذا العقد باعتبار العبارة لان الوكيل غير ناقل للعبارة ولا من حيث الامر لانه في ملك غيره فلهذا لم يقع للموكل فيثبت بهذا ان قوله جاز ان يوكل به غيره اراد به فيما يملكه فلا يرد عليه الاستقراض نقضا *

قوله وكل بالشراء حكيم بن حزام اي بشراء الاصححة **قوله** وبالتزويج عمر بن ام سلمة وكله بتزويج امه ام سلمة من النبي عليه السلام **قوله** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها وفي الصحاح وسائر الناس جميعهم وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلًا وانما كان يختار عقيلًا لانه كان ذكيا حاضرا الجواب فلما كبر عقيل واسن وكل عبد الله بن جعفر الطيارا ما لانه وقره لكبر سنه اولانه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر الطيار وكان شابا ذكيا وكذا بايغائها اي بادلها واستيفائها اي قبضها الا في الحدود كحد القذف والسرقة والقصاص فان الوكالة لا يصح باستيفائها مع غيبة الموكل (عن)

(كتاب الوكالة)

بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حاله الحاضرة لانتفاء هذه الشبهة
وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اضلا وهذا الذي ذكرناه
قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز الوكالة بانبات الحدود والتصاص باقامة
الشهود ايضا ومحمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف
في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره نصا ركانه متكلم
بنفسه لان التوكيل اذ بد وشبهة النيابة يتحوز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة
وكما في الاستيفاء ولا يبي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى
الجنانية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف
التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والتصاص وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر

عن المجلس لانها تدري بالشهادات فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير لان فيه نوع شبهة ولهذا
لا يستوفي بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجل
وقال الشافعي رح يستوفي التصاص حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولما انه عقوبة والعقوبة
تستطاب بالشبهة وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل اجوز ان يكون الموكل قد عفا بنفسه والوكيل
لا يشعر به بل هو الظاهر لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له *

قوله بخلاف غيبة الشاهد اي يستوفي الحدود والتصاص عند غيبة الشاهد لان الشبهة
في حقه الرجوع والظاهر في حق الشاهد عدم الرجوع اذ الصديق هو الاصل خصوصا
في حق العبد وبخلاف حال الحاضرة اي حاضرة الموكل اي يجوز للوكيل ان يستوفي التصاص
حال حاضرة الموكل لانتفاء هذه الشبهة وهي شبهة العفو **قوله** وليس كل احد يحسن
الاستيفاء هذا جواب لان يقال لما حضر الموكل لم يحتج الى التوكيل فيستوفيه بنفسه لما ان
في التوكيل شبهة البدلية واستيفاء التصاص مما لا يجري فيه الايدال فاجاب بقوله وليس
كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا **قوله** وهذا الذي (ذكرنا)

لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة
 عدم الامر به * وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم
 الا ان يكون الموكل مريضاً او غائباً مسيرة ثلاثة ايام فصاعداً ولا يجوز التوكيل
 بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم

ذكرنا قول ابى حنيفة رح اشارة الى قوله ويجوز التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها
 وقد دخل فيه التوكيل بالخصومة في حد الغذف والسرقة والقصاص ثم قال الا في الحدود والقصاص
 فان الوكالة لا يصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس بقي التوكيل بالخصومة داخل في صدر
 الكلام وهذا قول ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص بانامه
 الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابى حنيفة رح وهو الاظهر وقيل مع ابى يوسف رح وقيل هذا
 الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره *

قوله لان الشبهة لا تمنع الدفع لان دفع الحدود والقصاص ثبت مع الشبهات حتى يثبت
 العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ولكن هذا الوكيل
 اذا اقر في مجلس القضاء بما يوجب القصاص على موكله لم يصح اقراره استحسانا وفي القياس
 يصح لانه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل الا ترى ان في سائر الحقوق جعل اقراره كاتقرار
 الموكل فكذلك في القصاص وفي الاستحسان نقول اقرار الوكيل قائم مقام اقرار الموكل والقصاص
 لا يستوفى بحجة قائم مقام غيرها توضيحنا حملنا التوكيل على الجواب لان جواب الخصم
 من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما في الحقيقة فالقرار ضد الخصومة والمجاز
 وان اعتبر لقيام الدليل بالحقيقة تبقى شبهة فتعتبر فيما يندرى بالشبهات دون ما ثبت
 مع الشبهات **قوله** مريضاً المراد نفس المريض وقيل ان تكلف الحضور بالركوب على
 الدابة وغيرها يزداد مرضه **قوله** لا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم هل ترد
 الوكالة برد الخصم ام لا عند ترد ولا يلزم للخصم الحضور والجواب بخصومة (الو)

(كتاب الوكالة)

لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضا كالعبد المشترك اذا كانتا احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي رح يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحياتها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنته المتأخرون **قال** ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان التوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره * ويشترط ان يكون التوكيل ممن يعقل العقد

التوكيل وعندهما لا ترد برده ويلزم الحضور والجواب بخصومته والمتأخرون اختاروا للفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التفتت في اداء التوكيل لا يمكنه من صنيع ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل التقصد الى الاضرار بصاحبه في التوكيل لا يقبل منه الا برضاء صاحبه وهو اختيار شمس الاثمة السرخسي رح *

قوله لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه وهذا لانه وكله بالجواب او بالخصومة وكلاهما حق الموكل فيصح بلا رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء والتقاضي **قوله** ولو كانت المرأة مخدرة وهي التي لم تخالط الرجال بكر كانت او ثيبا قال الرازي رح يلزم التوكيل وفي فتاوى قاضي خان وعامة المشائخ اخذوا بما ذكر ابو بكر الرازي وعليه الفتوى **قوله** ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان التوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا قول ابي يوسف ومحمد رح واما علي قول ابي حنيفة رح فالشرط (ان)

(كتاب الوكالة)

ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبي لا يعقل او مجنون كان التوكيل باطلا * واذا وكل الحر العاقل البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة * وان وكل صبياً محجوراً يعقل البيع والشراء او عبداً محجوراً جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بسوكليهما لان الصبي من اهل العبارة لا ترى اندينغ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك لدوائمه لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفاً في حقه الا ان لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لتصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رجحان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع

ان يكون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عهدة توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به ان يكون مالكا لاصل التصرف وان امتنع بعارض النهي وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وان امتنع بعارض النهي ويلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب احكامها فان كان ممن لا يثبت له الحكم لا يصح توكيله كالصبي المحجور والعبد المحجور ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العهدة اي يعرف ان الشراء جالب للمبيع سالب للمثمن والبيع على عكسه *

قوله ويقصده اي يقصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم وهذا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة واهلية العبارة تكون بالعقل لان المراد بالكلام ما يكون له صورة ومعنى وكل محدث يكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالعقل والتمييز **قوله** ولا يتعلق بهما الحقوق كالتقاضي وامينه ثم الصبي اذا بلغ لا يلزمه تلك العهدة والعبد اذا اعتق يلزمه تلك العهدة لان المانع في حق العبد حق المولى وقد زال وفي حق الصبي حقه وحقه لا يزول بالبلوغ **قوله** والعبد من اهل التصرف على نفسه ولهذ الواقف بالمال لزمه بعد الحرية وصح اقراره بالتقصص والحدود *

(قوله)

ثم علم انه صبي او مجنون له خيار النسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعقد فاذا اظهر خلافه يتخير كما اذا اضر على عيب *

قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فتحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل ونال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا اتوا به وصار كالرسول والوكيل في الناح ولما ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا احكم لان يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سنيرا عنه لما استغني عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتعلق به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن وبطالب بالثمن اذا اتى ويقبض المبيع

قوله ثم علم انه صبي او مجنون قيل المراد بالاجنون الذي يعقل البيع والشراء حتى يصح الالباق ويكون بمنزلة الصبي المحجور وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام قوله مجنون وفي الكافي للعلامة السفي رح وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور جاز له النسخ فالظاهر ان قوله مجنون تصحيف والعقد الذي يعقده الوكلاء اي جنس العقد **قوله** كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه اي لا يحتاج فيه الى الاضافة الى الموكل كالبيع والاجارة **قوله** وصار كالرسول وهو ان يقول رجل لاخر كن رسولا عني في بيع عبيدي **قوله** ولما ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا اي صحة عبارته لكونه وكيلابل لكونه آدميا عاقل فثبت ان مباشرة العقد بالولاية الاصلية الثابتة الا انه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية في محل هو مملوك للغير الا برضا المالك والتوكيل لتنفيذ حكم التصرف في المحل للاثبات الولاية وغرض الموكل من التوكيل تحصيل حكم التصرف فجعلناه ثابتا في حق الحكم وراعينا الاصل في حق الحقوق وفي الايضاح ان للوكيل ان يوكل في الحقوق التي يوجبها العقد عليه وله من شاء وان وكل الموكل (لم)

ويخاصم في العيب ويخاصم فيدان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبار التوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح قال رضى وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى **قال** وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح من دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب

لم يجز لان الوكيل اصل في الحقوق فيملك التفويض الى الغير * **قوله** يخاصم في العيب ويخاصم بفتح الصاد في الاول وكسرها في الثاني **قوله** والملك يثبت للموكل خلافة اي ابتداء بدلا عنه لان يثبت الموكل ثم ينقل الى الموكل ذكره جوابا عن قوله والحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فان عنده يثبت الملك للوكيل بالشراء ولا ثم ينتقل الى الموكل والصحيح ان الملك يثبت للموكل ابتداء خلافة عند اعتبار التوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره وهو ما ذكر في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه **قوله** وكل عقد يضيفه الى موكله اي لا يستغني فيه عن الاضافة الى الموكل ولو اضاف الى نفسه كان له كالنكاح **قوله** لان الوكيل فيها سفير ومعبر السفير هو الذي يحكي قول الغير ومن حكي حكاية الغير لا يلزم عليه حكم قول الغير كما اذا حكي قذف الغير لا يكون قاذفا **قوله** فصار كالرسول اي فصار الوكيل في النكاح وامثاله كالرسول في باب البيع **قوله** وهذا لان الحكم فيها اي هذه العقود وهي النكاح وامثاله لا تقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل فيها خيار الشرط لان الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تحتمل تراخى الحكم *

(قوله)

(كتاب الوكالة)

لانه استأطفيه لأشئ فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والتوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقتراض سفيرا ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يتلافى محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتزم وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه *

قوله لانه استأطاي لان السبب اسقاطا ما غير الكاح نظا هو وكذا النكاح لانها تستط ما لكتبتها بعقد النكاح ولان الاصل في الاضاع المحرمة فكان النكاح اسقاطا للمحرمة نظرا الى الاصل وانما ثبت الملك له عليه ضرورة التمكن من الوطى ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتسليم من الغير نفيا ورا ذلك فهو اسقاط جريا على الاصل اذا المحرمة تما في الملك والساقط يتلاشى ولا يتصور ان يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصل والى الحكم لغيره لانه لا يجوز ان يستط في حق الوكيل ثم يستط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد فجعله سفيرا بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل من السبب كذا في البيع بشرط الخيار فجاز ان يصدر السبب من شخص اصله يقع الحكم لغيره **قوله** فلا يجعل اصيلا اي فلا يجعل الوكيل اصيلا لانه اجنبي عن المحل الذي يلائمه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبرة وهي للوكيل **قوله** وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتزم كالموكل بالاستعارة والارتهان والاستيهاة فالحكم والحقوق كلها يتعلق بالموكل **قوله** وكذا الشركة والمضاربة اي الوكيل في الشركة والمضاربة سفير يضيف العتد الى الموكل لا الى نفسه **قوله** الا ان التوكيل بالاستقراض باطل لان المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته وودل بع شيئا من مالك على ان يكون ثمنه لي لا يصح فكذا اذا قال التزم العشرة في ذمتك على ان عوضه لي فكان التوكيل بالاستقراض قياس التوكيل (با)

قال وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه لأنه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق إلى العائد * فان دفعه إليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالب به ثانياً لأن نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل إليه ولا فائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل وبدين الوكيل إذا كان وحدة يقع المقاصة عند ايجيفته ومحمد رحمه الله لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في النصلين *

بالتكدي فكان بإطلاوما استقرض الوكيل له أن يمنعه من الأمر ولو هلك هلك من ماله *
قوله يقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل وإنما كان هذا لأن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض ولو أبرأ المشتري عن الثمن بغير عوض وخرج الكلامان معاً فالمشتري يبرأ براءة الأمر ولا يبرأ براءة المأمور حتى لا يرجع الأمر على المأمور بشيء فكذلك ههنا ولأننا لو جعلناه قصاصاً بدين الوكيل احتجنا إلى قصاص آخر فإن الوكيل يقضي للموكل ولو جعلناه قصاصاً بدين الموكل لا يحتاج إلى قصاص آخر فجعلناه قصاصاً بدين الموكل قصراً للمسافة ولأننا إذا جعلناه قصاصاً بدين الموكل فقد أثبتنا حكماً مجعاً عليه فان الموكل يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالإجماع ولو جعلناه قصاصاً بدين الوكيل فقد أثبتنا حكماً مختلفاً فيه فكان ما قلناه أولى كذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة
قوله لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما لأن الإبراء إسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك **قوله** ولكنه يضمنه للموكل في النصلين أي في فصلي المقاصة والإبراء ولا يجوز للوكيل الإبراء عن الثمن في قول أبي يوسف رحمه الله لأنه تصرف في ملك الغير إذا الثمن ملك الموكل (باب)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

* باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء *

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير النعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتدار * الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الي رائه فاي شيء يشتره يكون ممثلا والاصل فيه ان الجهالة المبسرة تحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ماهوفي معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لثا حش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذلك النوع نقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبدا وجارية لا يصح لانه يشتمل انواعا فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي او السندي

* باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء *

قوله فلا بد من تسمية جنسه كالجارية والعبد وصفته اي نوعه كالتركي والحبشي والاصل ان الجهالة ثلثة انواع فاحشده هي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدا بقة والرقيق وهي يمنع صحة الوكالة وان بين الثمن وبسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والبغل والفرس والثوب الهروي والمرووي فانها لا يمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشرس غياث لا يصح الوكالة لان الوكالة بالبيع والشراء معتبرة بنفس البيع والشراء فلا يصح ومتوسطه وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبدا وبشراء امه او دار فان بين الثمن والنوع يصح ويلحق بجهالة النوع وان لم يبين الثمن او النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال **قوله** ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا كالدا بقة والثوب او ماهوفي معنى الاجناس كالدار والرقيق **قوله** مثاله اذا وكله بشراء عبدا وجارية اي مثال ما يجمع انواعا (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

او المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه وتعيين النوع او الثمن ولم يبين صفة الجودة والبداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومرادة من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لا خراش لري ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطله للجهالة الناحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرفاق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال *

قال وان سمي ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمي نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه **قال** ومن دفع الى اخرد راهاهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الخطئة ودقيقها استحسانا والقياس ان يكون على كل مطعم اعتبار الحقيقة كما في اليدين على الاكل اذا الطعام اسم لما يطعم

قوله والمولد في المغرب المولدة التي ولدت في بلاد الاسلام **قوله** وكذا اذا بين الثمن بما ذكرناه اشارة الى قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وقال بعض المشائخ ان كان يوجد بما سمي من الثمن من كل نوع لا يصح بيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة **قوله** وكذا اذا سمي نوع الدابة بان قال حمارا اي يصح التوكيل بشراء الحمار وان لم يسم الثمن لان الجنس صار معلوما بالتسمية وانما بقيت الجهالة في الوصف فيصح والوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل لا كذلك فان الحمار انواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه فلنا هذا اختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي اذا امر انسانا ان يشتري له حمارا يتصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز عليه وقد صح ان النبي عليه السلام وكل حكم بن حزام بشراء شاة للاضحية (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق **قال** واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يردّه بالعيب مادام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يردّه الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالتشبيع وغيرها قبل التسليم الى الموكل لا بعده **قال** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراعاة التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز *

قوله وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وهو على ما ذكرناه اي على الحنطة ودقيقها قبل هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها يسمى سوق الطعام فاما في غير اهل الكوفة ينصرف الى شراء كل معطوم ببعض مشائخ ما وراء النهر قالوا الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادم كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه فيصرف التوكيل اليه دون الحنطة والدقيق والخبز قال الصدر الشهيد رة وعليه الفتوى كذا في الذخيرة وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة الا ان يكون ثمة وليمة فعلى الخبز وان كثرت وان قلت فعلى الخبز والثلة مثل درهم الى ثلاثة والوسطه مثل اربعة الى خمسة او سبعة *

قوله ومراعاة التوكيل بالاسلام دون قبول السلم اي يصح التوكيل من رب السلم ولا يصح من المسلم اليه فقال اسلم في كذا اي اشترى بالسلم وانما لم يصح توكيل المسلم اليه لانه لو صح التوكيل بحب ان يكون بيع الوكيل طعاما في ذمته نفسه على ان يكون الثمن لموكله وهو المسلم اليه وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان الثمن لغيره لا يجوز وك في الديون

(قوله)

فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مغارقة الموكل لانه ليس بعاقده والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسل لان الرسالة في العقد لا في القبض وينقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح * **قال** واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت راجعة اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده تبيل حبه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده

قوله فان فارق الوكيل صاحبه اي في الصرف والسلم قبل ان يقبض المسلم اليه رأس المال **قوله** فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق اي يصح قبض الوكيل سواء تعلق به الحقوق كالبالغ والعبد المأذون او لم يتعلق الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه وهذا دفع سوال وهو ان الصبي المحجور والعبد المحجور اذا توكلوا من آخر يصح ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم بل يرجع على موكلهما فكيف يتعلق ههنا بالصبي المحجور والعبد المحجور حتى بطل الصرف والسلم بمغارتهم قبل قبض البدل دون مغارقة موكلهما فاجاب ان قبض الصبي المحجور والعبد المحجور صحيح وان كان لا يلزمهما فدارهنا شرط جواز بيع الصرف والسلم الذي هو القبض بالصحة لا بالزوم وفي باب الوكالة في الصرف والسلم من المبسوط وفي حكم التقاض المعتبر بقاء المتعافدين في المجلس وغيبة الموكل لا يضر وهذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن يتعلق به حقوق العقد لانه بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك اذا كان ممن لا يتعلق به حقوق العقد لان قبضه وتسليمه صحيح وان كان لا يتوجه عليه المطالبة ففي حكم صحة التقاض هو بمنزلة (وكيل)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وله ان يحبس حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر راجح ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبس ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف راجح وضمان المبيع عند محمد راجح وهو قول ابي حنيفة راجح

وكيل يتعاق به حقوق العقد قوله بخلاف الرسولين اي في الصرف والسلم لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل نصار قبض الرسول قبض غير العائد *
قوله وله ان يحبس حتى يستوفي الثمن لما بينا اي سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع او لم يدفع كذا في المبسوط وفي الذخيرة ولم يذكر قول محمد راجح في شيء من الكتب ان الوكيل اذا لم يتد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل حتى يستوفي الثمن منه حكى عن الشيخ شمس الاثني الحلواني ان له ذلك وانه صحيح لان حق الحبس للوكيل في موضع نقد الدراهم ليس لاجل ما تبدل لاجل بيع حكسي انعقد بين الوكيل وبين الموكل وهذا المعنى لا يختلف بين مانقذ الوكيل او لم يتد **قوله** قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه يعني القبض الموكل على وجه يصير الموكل به قابضا مما لا يمكن التحرز عنه للوكيل وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا فكان في حكم عدم فلم يكن دايلا سقوط حقه في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق عند الرضا في ما لا طريق له الى التحرز عنه وانما جعل يد الوكيل يد الموكل حكما في حكم هلاك المبيع حتى هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن عنه لاني حق عدم ولاية الحبس له بالثمن **قوله** مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا فيكون في معنى المرهون بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع او لم يحبس وتضمنه انه يحبس ليستوفي ما ادنى عنه من الثمن والحبس لاستيفاء حكم الرهن (وهما)

وصمان الغصب عند زفر رجح لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيستط بهلاكه ولا يبي يوسف رجح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينسخ بهلاكه وههنا لا ينسخ اصل العقد فلنا ينسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به *

قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عندا يئخيفه رجح ولا يلزمه العشرون بدرهم

وهما يقولان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري بدليل جريان التحالف والدليل على ان هذا ليس نظير الرهن ان هذا الحبس يثبت في النصف الشائع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت في الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة انه يثبت ذلك بحكم البيع *

قوله ضمان الغصب عند زفر رجح لانه منع بغير حق وصورة ظهور هذه الاختلافات اذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة يرجع الوكيل بخمسة على الموكل عند من يقول بضمان الغصب ولا يرجع احدهما على الآخر عند من يقول بضمان الرهن او المبيع ولو كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة عند من يقول بضمان الغصب ويستط الثمن كله ولا يجب شيء عند من يقول بضمان المبيع او الرهن قوله كما اذا رده الموكل بعيب اي الى الوكيل ورضي الوكيل به فانه بصير للوكيل ولا ينسخ بين البائع والوكيل **قوله** لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عندا يئخيفه رجح فان قيل ينبغي ان لا يلزم الامر عشرة بنصف درهم عنده لان هذه العشرة تثبت ضمناً للعشرين لا قصداً وهو قد وكله بشراء عشرة قصداً ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة نطلقها ثلاثاً لا تقع واحدة ثبوتها في ضمن الثلث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعاله قلنا ذلك مسلم في الطلاق لان المتضمن لم يثبت اصلاً لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لعدم شرطه لان (المرأة)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وذكر في بعض النسخ قول محمد ر ح مع قول ابي حنيفة ر ح ومحمد ر ح لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف ر ح انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعرة عشرة ابطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالقبين ولابي حنيفة ر ح انه امره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فنفذ شراءها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين وطلب درهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر بتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر *

المرأة امرأة الموكل لا امرأة الوكيل واما ههنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل يثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفذ الا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلم يثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم وهو مخالفة الى خير فلا تكون مخالفة فينفذ على الموكل *

قوله وذكر في بعض النسخ اي بعض نسخ القنطوري ومحمد ر ح لم يذكر الخلاف في الاصل اي في المبسوط حيث قال في باب الوكالة بالبيع والشراء لزم الامر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمر لانه امر بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره فكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي تناوله امره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمي له فكان مشتريا للامر **قوله** فينفذ شراءها عليه اي شراء الزيادة على الوكيل وشراء العشرة على الموكل وهذا بخلاف ما اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويا بين عشرة كل واحد منهما يساوي بعشرة حيث لا ينفذ واحد منهما على الامر عند ابي حنيفة ر ح لان اللحم من ذوات الامثال في الصحيح فلا تفاوت اذا بين عشرة للامر وبين عشرة للوكيل بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فلا يثبت المساواة (بين)

قال ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدى الى تغيير الامر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بحضور من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه ولم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلاً بشراءه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الامر فنفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضور الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفاً **قال** وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او نشترى به مال الموكل قال رضى هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الامركان للامرو هو المراد عندي بقوله او نشترى به مال الموكل

بين الثوبين الا بالقيمة والقيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يتعين حق الموكل في واحد منهما والى هذا اشار في التتمة في التعليل حيث قال لاني لا ادري ايها اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا يعرف الا بالخزروالظن *

قوله ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه او صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهد واني قد اشتريت لنفسى الا اذا خالف في الثمن لا الى خيرا وخالف الى جنس آخر غير الذي سماه الموكل هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا في التتمة ووضع المسئلة في العبد في الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى اتى به على موافقة الامر وقع الشراء للموكل نوى او لم ينو وهذا بخلاف ما لو كان الموكل حاضرا واشهد انه اشترى لنفسه فانه يكون مشتريا لنفسه لانه عزل نفسه حال حضرة الموكل ولا كحال غيبة الموكل **قوله** فاشترى بغير النقود كالمكيل والموزون **قوله** لان حضرة رايه فلم يكن مخالفا وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق فانه لو طلق الثاني بخضرة الاول لا يقع لان فعل الاول جعل بمنزلة الشرط (لوقوع)

(باب الوكالة بالبيع والشراء..... فصل في الشراء)

دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للامر فهو للامر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للامر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد ر ح هو للعقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف ر ح يحكم النقد فيه لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا من اي المالكين نقد نقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان ما تصادق بهما به يحتمل النية للامر

لوقوع الطلاق فلا يتبع بدونه ولا كذلك هنا لانه من قبيل الانبيات فلا يكون قابلا للتعلق والمعنى في المسئلة انه ممكن له عزل نفسه بغيبة الموكل في ضمن المخالفة لاني ضمن الموافقة *
قوله دون النقد من ماله اي المراد بقوله او نشترده بمال الموكل ان يضيف العقد الى دراهم الموكل لان ينقد من مال الموكل من غير ان يضيف العقد اليه لان فيه تفصيلا بعد ان يشترده بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشرعي للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل وخلافا في ما اذا تصادق على انه لم تحضره النية وقت الشراء انه يشترده للموكل او للوكيل فعلى قول محمد ر ح العقد للوكيل وعلى قول ابي يوسف ر ح يحكم النقد على ما يجبي
قوله وهذا بالاجماع اي لو اضاف العقد الى دراهم الموكل بقع العقد للموكل بالاجماع وهو مطلق اي قوله او نشترده بمال الموكل مطلق اي مذكور من غير خلاف فيحمل على الصورة المجمع عليها وهو ان يضيف العقد الى مال الموكل **قوله** حملا لحاله على ما يحل له شرعا وبذله عادة هذا تمسك بدلالة العرف والشرع بعد ذكر المسئلتين اضافة العقد الى دراهم امرة و اضافة العقد الى دراهم نفسه فالتمسك بدلالة العرف والعادة شامل للمسئلتين اذا العرف مستمر بان مضيف العقد الى دراهم نفسه مشتر لنفسه والمضيف الى دراهم امرة مشتر لامرة (فاما)

وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام
 في الطعام على هذه الوجوه **قال** ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت
 ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك فالتقول قول الامر فان كان دفع
 اليه الاثني فالتقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استينا فـ

فاما التمسك بدلالة الشرع انما يرجع الى المسئلة الاولى خاصة ان الشراء لنفسه باضافة
 العقد الى مال غيره حرام ولكن الشراء لغيره باضافته للعقد الى مال نفسه ليس بحرام *
قوله وفي ما قلناه حمل حاله على الصلاح لانه لو قلنا بان العقد يقع له فان تقدم من مال
 الآمر يكون غايبا قلنا يقع للموكل اذا تقدم من ماله حملا لحاله على الصلاح **قوله** والتوكيل
 بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه اي وفاقا وخلافا وانما خصه بالذكر مع انه توكيل
 بالشراء وقد بين حكمه لان بعض مشائخنا رحمهم الله قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا
 انه لم يحضره النية فالعقد للتوكيل اجماعا ولا يحكم العقد واما الخلاف بين ابي يوسف
 ومحمد رح في مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا التاثر لفرق بين مسئلة الشراء ومسئلة السلم
 على قول ابي يوسف رح والتفرق ان للنقد اثر في تنفيذ السلم فانه اذا لم يتقد رأس المال
 يبطل السلم فاذا جهل من نفذ عليه وجب استبانه ذلك بالنقد وليس للنقد اثر في تنفيذ
 الشراء حتى يستبان من نفذ عليه الشراء بالنقد فاعتبرنا العقد واقعا للعائد عملا بتضيعة الاصل
 كذا في الذخيرة و فرق ابو يوسف رح بين هذا وبين المامور بالحج عن الغير اذا اطلق
 النية عند الاحرام فانه يكون ما قد نفسه لان الحج عبادة والعبادة لا يتعدى الا بالنية فكان
 مامورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الشرط اما
 في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الامر مخالفا فيبقى حكم عقده
 موقوفا على النقد كذا في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من بيعه **قوله** اخبر عما لا يملك
 استينافه لان العبد مبيت والكلام فيه والعبد الميت ليس بمحل لعقد الشراء (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وهو الرجوع بالثمن على الأمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج من عهدة الأمانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اخذنا ان كان الثمن منقودا بالقول للمأمور لانه أمين وان لم يكن منقودا فكذلك عندا يبيوسف ومحمد ر ح لانه يملك استيفاء الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعندا يبحنيقة ر ح القول للأمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فان رأى الصنفه خاسرة الزمها الأمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استيفاءه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين

قوله وهو الرجوع بالثمن أي سبب الرجوع بالثمن وانما قال وهو الرجوع بالثمن ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الأمر لا العقد لاجل الأمر فنكر الواسطة وهي العقد وصرح بالمتصود وهو الرجوع فكان ذكر المسبب وارادة للسبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الأمر مختص بالشراء لاجل الأمر وفي بعض النسخ لا يملك استيفاءه وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الأمر وهذا ظاهر **قوله** لانه يملك استيفاء الشراء لان العبد حي والحي محل للشراء فيملك ان يشتريه في الحال لاجل الأمر فان قيل الشري لا يتوقف بخلاف البيع لما وقع شراؤه او لا للوكيل حين اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل قلنا استيفاء الشراء دائر مع التصور فيتصور ان يتفاسخ الوكيل ببعده مع بئعه ثم يشتريه لاجل الأمر **قوله** تبعا لذلك أي تبعا لقبول قوله في دعوى الخروج من عهدة الأمانة لانا انما صدقنا باعتبار الثمن لانه يدعى الخروج من عهدة الأمانة ومن ضرورة ذلك قبول قوله في ان الشراء كان للأمر وما كان ثبوته بطريق التبعية لا ينظر الى وصفه فلا ينظر هنا الى كون الوكيل منهما او غير منهما **قوله** ولا ثمن في يده ههنا أي في ما اذا لم يكن الثمن منقودا **قوله** لانه اخبر عما يملك استيفاءه ولا تهمة فيه فان قيل (الولي)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

على ما ذكرناه لا يحنيفة رح* ومن قال لا خربني هذا العبد فلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا ياخذة لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار الا لاحق فان قال فلان لم امره لم يكن ذلك له لان الاقرار ارتد بردة *

الولي اذا اقرب تزويج الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة رح مع انه يملك استئناف النكاح في الحال قلنا قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة رح فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استئنافه على قول ابي حنيفة رح لا يرد الاشكال على قوله او نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخباره عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده ايضا فكان ذلك عبارة عن انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما انه انما لا يقبل هناك اقرار تزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استئنافه فاطرد الجواب عنده في المسئلتين *

قوله على ما ذكرناه لا يحنيفة رح اشارة الى قوله لانه موضع تهمة وهذه المسئلة على وجهين اما ان وكله بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما اذا كان الثمن منقودا او لم يكن وكل ذلك على وجهين اما ان كان العبد قائما او هالكا فان كان الثمن منقودا فالقول للوكيل في جميع الوجوه لانه يدعي خروج نفسه عن عهده الا مانه **قوله** يعني هذا العبد فلان معناه انا وكيل فلان بشراء هذا العبد فبعه حتى اشتره لاجله **قوله** فان فلانا ياخذة اي له ولاية الاخذة لان قوله السابق وهو قوله يعني هذا العبد فلان اقرار بالوكالة من فلان فان قيل يحتمل ان معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رح في كتاب الشفعة ولو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لا يملك قلنا اللام للتملك وانما حمل على الاسقاط في مسئلة الشفعة لكونه مسبوقا بسؤال الاسقاط ولا كذلك ههنا

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

قال الآن يسلمه المشتري له فيكون يباع عليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى
لغيره بغير امره حتى ان لم يسمه المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع
يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقدا الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي
وهوالمعتبر في الباب **قال** ومن امر رجلا بان يشتري له عبيدين باعيا منهما ولم يسم له
ثمنا فاشترى له احدهما جازلان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع
الا في ما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امر
بان يشتريهما بالالف وقيمتها سواء فعند ابي حنيفة ربح ان اشترى احدهما بخمس مائة
او اقل جاز فان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتها سواء فيقسم بينهما
نصفين دلالة فكان امر بالشراء كلوا حد منهما بخمس مائة ثم الشراء بهما موافقة
وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز

قوله الا ان يسلمه المشتري له روي بروايتين على صيغة اسم الفاعل ومعناه الا ان يسلم
العبد الفضولي الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى صيغة اسم المفعول ويكون
مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان والفاعل مضمر اي الا ان يسلم الفضولي
العبد الى المشتري له وهو فلان وهذا الاستثناء من قوله لم يكن له اي لم يكن
لفلان الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال اجزت
بعد قوله لم امره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة يلحق الموقوف
دون الجائر وهذا عقد جائز نافذ على المشتري **قوله** وعليه العهدة اي وعلى المشتري
العهدة لانه صار بائعا من فلان بالتعاطي **قوله** وهوالمعتبر اي التراضي في الباب
ي في باب البيع قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراخ **قوله** لانه توكيل
بالشراء قيد به احتراز عن التوكيل بالبيع فان ذلك يجوز عند ابي حنيفة ربح بالغبن
الفاش واما في التوكيل بالشراء فلا يتحمل الغبن الفاحش * (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصريح به وهو تحصيل العبد بالالف وما ثبت الانقسام الادلة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد ربح ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمعارف وهو فيما قلناه لكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليتمكن تحصيل غرض الآء **قال** ومن له على آخر الالف درهم فامرءان يشتري بها هذا المبيع فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز له ان شاء الله تعالى * **قال** وان امرءان يشتري بها عبد ابيع عينه فاشتراه فدات في يده قبل ان يقبضه الامر مات من مال المشتري وان قبضه الامر فهو له وهذا عند ابي حنيفة ربح وقاله لازم للامر اذا قبضه الما موروعلى هذا اذا امرءان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تعينان في المعاوضات ديناً كانت او عيناً الا ترى انه لو باع عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا تبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر لان يد الوكيل كيدة ولا يحنيفه ربح انها تعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها

قوله الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم فان قبل الخلاف قد تحقق والشري لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل قلنا العمل بالصريح اقوى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبد بالالف وانما عملنا بالدلالة اذا لم يعارضها بصريح فاذا جاء الصريح بطل العمل بها والشري قد يتوقف اذا لم يجد نفاذا على المشتري كالوكيل بشراء عبدا اذا اشترى نصفه وشراء الصبي والعبد المحجور والمرتب **قوله** ان يسلم ما عليه اي يشتري بعقد السلم او يصرف اي يشتري بما عليه الدراهم والدنانير **قوله** فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء اي التقييد بالدين او بالعين وعدم التقييد سواء **قوله** ولا يحنيفه ربح انها تعين في الوكالات اي بعد التسليم الى الوكيل وفي الذخيرة قال محمد ربح في الزيادات رجل (قال)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

ثم استهلك العين أو اسقط الدين بطلت الوكالة وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمرًا بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا زال أصل مالي عليك من شئت بخلاف ما إذا عين البائع لاند بصير وكيلًا عنه في القبض ثم يملكه وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لأنه جعل المال لله وهو معلوم وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على الأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الأمر منه لانعقاد البيع تعاطيًا *

قال لغيرة اشترى بهذه الألف دراهم جارية وراه الدراهم ولم يسلمها إلى الوكيل حتى سرت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزوم الموكل ثم قال الأصل أن الدراهم والدنانير لا تعينان في الوكالات قبل التسليم بخلاف لان الوكالات وسيلة إلى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تعينان قبل التسليم فكذا في ما هو وسيلة إليه فاما بعد التسليم هل تعين اختلاف المشايخ فيه بعضهم قالوا تعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لأن يد الوكيل يد امانة والدراهم والدنانير تعينان في الامانات وعامتهم على أنها لا تعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ اثنان أحدهما يتوقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر في ما بين الناس أن الموكل إذا دفع الدراهم إلى الوكيل يريد شرائه حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثانية قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل عليه وهذا لأن شراء الوكيل يوجب دينين دينًا للبائع على الوكيل ودينًا للوكيل على الموكل *

قوله ثم استهلك قيد بالاستهلاك لأن الوكالة لا تبطل بالهلاك في يد الموكل وإنما تبطل بالهلاك في يد الوكيل **قوله** كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أي على غيره وهذا من قبيل وضع الظاهر موضع المصمر بان كان لزيد على عمرو دين مثلاً فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو ولا يجوز **قوله** أو يكون أمرًا بصرف ما لا يملكه معطوف على كان هذا تمليك الدين **قوله** إلا بالقبض قبله أي قبل القبض والمراد من الصرف (الدفع)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

قال ومن دفع الى آخر الغا وامره ان يشتري بها جارية فاشترها فقال الامر اشتريتها بخمسائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالتقول قول المأمور ومراعاة اذا كانت تساوي الغالائه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهوينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالتقول قول الامر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما تساوي الغا فيضمن * **قال** وان لم يكن دفع اليه الالف فالتقول قول الامر اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة

الدفع لا يبيع الصنف اي صار امرا بتملك ما لا يملكه لان رب الدين لا يملك الدين حقيقة قبل القبض لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان ما ادعى المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ورب الدين لا يملك ما في ذمة المديون قبل القبض حقيقة فكان امر رب الدين المديون بالدفع الى البائع امر اغنيا لا يملكه فكان باطلا كما اذا قال اعط مالي عليك من الدين من شئت والجامع ان كلا منهما تملك ما هو غير مملوك وفي المبسوط ولا يحنيفة رح ان رب الدين امره بصرف الدين الى من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع مالي عليك من الدين الى من شئت او اتقه في التجارة فان قيل يشكل بما لو اجرهما ما باجرة معلومة وامر المستاجر بالمهمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا امرا بتملك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير ان يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح قلنا ذاك قولهما واثن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستاجر لا يجد الاجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الاجر في القبض *

قوله فالتقول الامر لانه خالف (لانه ان اشترها بالف فالتقول قول المأمور ومراعاة اذا كانت تساوي الغالائه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهوينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالتقول قول الامر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما تساوي الغا فيضمن * **قال** وان لم يكن دفع اليه الالف فالتقول قول الامر اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء)

وان كانت قيمتها المفعلة انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجب التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور **قال** ولو امره ان يشتري له هذا العبد وام يسم له ثمنًا فاشتراه فقال الامر اشتره بخمسمائة وقال المأمور باني وصدق البائع المأمور بالقول قول المأمور مع يمينه قبل التحالف فهنا لا يرتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرناه وقد ذكر معظم يمين التحالف هو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما او قبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجز بينهما بيع فلا يصدق عليه فتى الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور ربح وهو غائب والمدا علم بالصواب

قوله وان كانت قيمتها المفعلة انهما يتحالفان اي فمعنى قول القول قول الامر انهما يتحالفان **قوله** فيلزم لان التحالف هنا هو قول الفقيه ابي جعفر ربح لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع فيجعل تصديق البائع والوكيل بمنزلة انشاء العقد وقيل يتحالفان وهو قول الامام ابي منصور الماتريدي وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع اي المأمور لانه بائع تقديرا في حق الموكل وانما قلنا ان يمينه معظم يمين التحالف لان البائع وهو المأمور هنا مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري فذكر فعلى المنكر اليمين على كل حال فلما كان يمين المأمور المختص بالتحالف كانت اعظم اليمينين ثم لما وجب اليمين على المأمور وهو المدعي فلان يجب على المشتري المنكر وهو الامر اولى وهو معنى التحالف وذكر فخرا الاسلام ربح في الجامع الصغير لولا ان المراد هو التحالف للزمت الجارية الامر لان الامر اذا حلف صار الشري بخمسمائة والجارية تساوي الغا فانها تلزم الامر فثبت بهذا ان اراد بقوله ويلزم الجارية المأمور انهما يتحالفان فاذا تحالفا نقض ملك الامر ولزمت الجارية المأمور **قوله** والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما هذا جواب من تعليل القول الاول بقوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذا هو حاضر * (فصل)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

*** فصل في التوكيل بشراء نفس العبد ***

قال وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بال ألف وودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فبا عد على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأثور سفير عنه اذا يرجع عليه الحقوق فصا ركانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعتقب الولاء وان لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شري العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثننا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء

*** فصل في التوكيل بشراء نفس العبد ***

قوله لان بيع نفس العبد منه اعتاق لان العبد لا يملك وان ملك لانه ليس باهل ان يملك مالا فصا ر مجازا عن الاعتاق اذا البيع ازاله ملك بعوض الي آخر فجازا ان يستعار منه واذا كان اعتاقا اعتقب الولاء لان ما يثبت يثبت بضروراته ولو ازمه **قوله** وان لم يبين للمولى اي لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد **قوله** لان اللفظ حقيقة للمعاوضة اي لان قوله اشتريت عبدك بال ألف درهم موضوع حقيقة للمعاوضة لا للاعتاق وامكن العمل بالحقيقة اذا لم يبين فيحافظ على المعاوضة **قوله** بخلاف شري العبد نفسه حيث نجعله الاعتاق وجه الورد انه لما جعل الشراء للمعاوضة حقيقة ينبغي ان يحمل على حقيقة اينما كان وام يحمل لفظ الشراء على المعاوضة في ما اذا اشترى العبد نفسه من مولاة بالبدل بل حمل على الاعتاق ببدل لان المجاز فيه متعين لانه تعذرا اعتبارا ببيع حقيقة لان البيع يوجب الملك للمشتري والعبد ليس من اهله اولان نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازاله الملك فيهما **قوله** وعلى المشتري الف مثله هذا ظاهر في ما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع (1)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

بخلاف التوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العتدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة بتوجه نحو العاقد اما ههنا فاحدهما اعتاق معتق للولاء ولا مطالبة على التوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعارضة المحضه فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاة يعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو لا امر لان العبد يصلح وكيل من غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده

الشراء للعبد نفسه حتى اعتق هل يجب على العبد ان يخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير وفي ما اذا بين التوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ان يخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه *

قوله بخلاف التوكيل بشراء العبد عن غيره اي بخلاف ما لو وكله غير العبد ان يشتريه له فانه يصير مشتريا للامر سواء اعلم التوكيل البائع انه اشتراذ لغيره او لم يعلمه وههنا ما لم يعلمه انه يشتري للعبد لا يصير مشتريا للعبد لان العتدين منه على نمط واحد في الحالين شراء وفي الحالين المطالبة متوجهة الى التوكيل فلا يحتاج الى البيان وههنا احدهما اعتاق معتق للولاء ولا مطالبة فيه على التوكيل لانه سفير فلا يرجع الحقوق اليه وربما يرضى السيد باحدهما دون الآخر وفي الجامع الصغير للتمر تاشي والمطالب بالثمن التوكيل وفي رواية العبد وفي باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة العبد يعتق والمال على التوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير واذا وجب المال على التوكيل يرجع التوكيل على العبد ووجه رواية الجامع ان توكيله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشراء العبد لغير العبد وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا هنا وعن عيسى بن ابراهيم قال الصحيح ما ذكر في هذا الموضوع دون ما ذكر في الجامع لان التوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبرفانه لا يستغني من اضافة العقد الى الامر وليس له من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل **قوله** ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاة يعني نفسي لفلان بكذا (ففعل)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الامر صلح فعله امثالا
فيقع العقد للامر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون
المعاوضة والعبد وان كان وكيلاً بشراء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر

فجعل اي قال بعت فهو الامر وانما يتم البيع بقول العبد بعد ذلك قبلت واما اذا وقع الشراء
للعبد يتم العقد بقول المولى بعت مسبقا بقول العبد بعني نفسي بكذا ابتداء على ان الواحد
يتولى طرفي الاعتاق على مال اذا كان المال متقدرا ولا يتولى طرفي البيع وان كان المال متقدرا *

قوله حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته
لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن
الا احتراز عنه للمولى فكان كالتوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل وان كان يده
كيد الموكل حكما لانه لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للتوكيل من هذا في جنس
الوكالات ولكن للبائع التحرز عنه في حبس الوكالة بان باع عبده بوكيل لا يشتري
نفسه ولان يد الوكيل بد نفسه حسا ويد الموكل شرعا وتقديرا بحكم النيابة فامكن ان يجعل
يد الوكيل بد نفسه في حق الحبس ويد موكله في حق الضمان حتى هلك من مال الموكل
اعتبارا للجهتين فاما العبد في قبض ما يتدليس بنائب عن مولاه بل خرج العبد عن يد مولاه
حقيقة وحكما بالبيع وهذا هو الهلك لم يهلك من مال المولى فلم يبق له حق الحبس بهذا
قوله والعبد وان كان وكيلاً بشراء شيء معين جواب سوال وقد ذكر السؤال والجواب
في الفوائد انظهيرية فان قيل العبد هنا وكيل بشراء شيء بعينه والوكيل بشراء شيء بعينه
لا يملك الشراء لنفسه خصوصا في فصل الاطلاق اولى ان لا يقع الشراء لنفسه لانه لما
لم يقع الشراء للوكيل عند التصريح بانه يشتري لنفسه لما روى ان لا يقع لنفسه
عند الاطلاق قلنا هذا اذا لم يتنوع التصرف اما اذا تنوع فلا والموجود من العبد بتقدير
الاضافة الى الموكل شري ويتقدرا لاطلاق او لاضافته الى نفسه قبول الاعتاق (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع أمثالا بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه *

* فصل في البيع *

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله

قوله وفي مثله ينفذ على الوكيل كما اذا صالح الوكيل عن دعواه على ذلك العين او خلع امرأته على ذلك او استوهبه فوهبه المالك منه او اشتراه باكثر من الثمن الذي عينه او بخلاف جنس ذلك الثمن **قوله** لان المطلق يحتمل الوجهين فان قيل ينبغي ان يقع الشرى للموكل عند الاطلاق لان المنطوق حقيقة في الاصل فلا ترد بين الحقيقة والمجاز ينبغي ان يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفي مانحن فيه لو وقع الشرى لموكله كان الشرى معمولاً على حقيقة وهي المعاوضة ولو وقع الشرى للوكيل كان الشرى معمولاً بسجاسة لان الشرى غير موضوع للاعتاق بل هو موضوع للمعاوضة فلما عارضت جهة اصالة الحقيقة جهة اصالة اخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقتضى البائع ظاهر او هو ان لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشرى للموكل يفوت هذا الغرض او نقول لما وقع التعارض بين الاسلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة سباحة محضه *

* فصل في البيع *

قال والوكيل بالبيع والشرى لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله وفي الذخيرة الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا يقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع فان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

وقال يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذا لاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه يبيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصاريبعاه من نفسه من وجه الاجارة والصرف على هذا الخلاف **قال** والتوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة ربح ولا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدرهم والدنانير لان مطلق الامر بتقيد المتعارف لان لتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بموانعها والمتعارف البيع بثمان المتل وبالنقود

فعن ابي حنيفة ربح روايتان في رواية الوكالة والبيع ولا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا يقبل شهادته بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة ربح وبيعه منه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة ربح باتفاق الروايات فابو حنيفة ربح يفرق على رواية الوكالة والبيع بين المضارب وبين الوكيل والفرق ان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهية وقد يكون نائبا محض في بعض الاحوال فله شبهة بالمستبد بالتصرف فلذا يجوز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنايب قلنا لا يجوز تصرفه معهم بغبن يسير فاما الوكيل فنائب محض في تصرف خاص فيكون متهما في تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وان كان بمثل القيمة *

قوله وقال يجوز بيعه منهم بمثل القيمة والغبن اليسير ملحق بمثل القيمة على قولهما كما ذكر في الذخيرة **قوله** اذا لاملاك متباينة دل عليه انه يحل للابن وطى جاريتيه ولو لم يكن ملكه متباينة عن ملك ابيه لكانت جاريتيه مشتركة ولما حل وطئها **قال** ابو حنيفة ربح قدر ذلك التباين لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا ان ذلك التدرج من التباين وجودة كعدمه في مواضع التهمة **قوله** والاجارة والصرف على هذا الخلاف وكذا السلم خصهما

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

ولهذا يتقيد التوكيل بشراي الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بفن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشري من وجه فلا يتناوله مطابق اسم البيع وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالدين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والشهر من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظرية والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما

بالذكر لان شرعية الاجارة على منافذ الدليل لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة فيزداد انتفاء شرعيتها بعد الاجارة مع من لا يقبل شهادته فيجب ان لا يجوز اجارة الوكيل معهم بالاجماع وكذلك عقد الصرف يتوقف على شرائط (ولم) كان يجب ان لا يجوز اجارة الوكيل مع من لا يقبل شهادته بالاجماع وكذا السلم فتبين بهذا انها ايضا على الاختلاف *

قوله ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الجمد والفحم والاضحية التوكيل بشراء الفحم يتقيد بايام البرد في تلك السنة والتوكيل بشراء الجمد بايام الصيف في تلك السنة والتوكيل بشراء الاضحية بايام النحر في تلك السنة او قبلها **قوله** ولان البيع بفن فاحش بيع من وجه هبة من وجه حتى لو حصل من المريض يعتبر من الثابت ولا يملكه الاب والوصي وهو وكيل بالبيع المطلق دون الهبة وكذلك المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه وهو وكيل بالبيع المطلق فلا يدخل تحت الامر **قوله** والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح والمسائل مروية عن ابي يوسف رح فاما ما عداها فيمنع رح باعتبار الاطلاق في جميع ذلك ولانه مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مراد فلم يبق غيره مرادا فاما هذا فعام **قوله** وانه بيع من كل وجه اي البيع بالغبن او بالعين بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحث بداي البيع بالغبن او بالعين **قوله** والمقايضة شراء من كل (وجه)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز

بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافق الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلًا بشراء شيء بعينه قالوا ينبغي على الأمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا ازوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عندنا لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد *

قال والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض دة نيم وفي الحيوانات دة يازدة وفي العقارات دة دوازدة لان التصرف بكثرة وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلته التصرف *

وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما جواب عن قولهما بانه بيع من كل وجه بالنسبة الى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى غرض صاحبه *

قوله والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها هذا في ما ليس له قيدة معلومة عند اهل البلد فاما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الأمر قلت الزيادة او كثرت وفي الذخيرة والوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول ابي حنيفة رح وان كان يجوز باعتبار انه بيع من وجه لا يجوز باعتبار انه شراء من وجه الا ان الشراء اصل في هذا العقد لان الثمنية في الدراهم والدنانير اصل والعبرة للاصل فكان شري من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل في الشري بالاتفاق ثم الغبن الفاحش متحمل في بيع المقايضة في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح لانه وكيل بالبيع المطلق والوكيل بالبيع يملك البيع بما عزمه ان عنده وروى الحسن عن ابي حنيفة رح في الوكيل بالبيع اذا باع بعرض فان كان يساويه جاز والا فلا ووجه هذه الرواية انه في جانب العرض مشتر والوكيل بالشراء لا يشترى للأمر بالمحاباة الفاحشة **قوله** وقيل في العروض دة نيم الخ (جعل)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

قال وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن اللفظ مطلق من قيد الانفراق والاجتماع لا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به أولى وقال لا يجوز لأنه غير متعارف ولما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما * وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فإن اشترى ببقية لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثاً بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقاً شقاً فاذا اشترى الباقي قبل رد الأمر بالبيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الأمر وهذا بالاتفاق والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن في الشراء يتحقق النعمة

جعل هذا مما لا يتغابن فيه وفي الجامع الصغير للتمرتاشي قيل: قد رما يتغابن الساس فيه في العروض دة نيم وفي الحيوان دة يازدة وفي العقار دة يازدة جعل هذا بيان الغبن اليسير وفي النهاية وهذا بيان الغبن اليسير ويتحمل هذا المقدار من الغبن في هذه الاجناس على هذا الترتيب *

قوله وإذا وكله ببيع عبده قيد بالعبد لأن بيع النصف في ما وكل ببيع مالم يس في تبعيضه ضرر جائز بالاتفاق وفي الايضاح في باب الوكالة بالبيع ولو باع الوكيل بعض ما أمر به فان لم يكن في تبعيضه ضرر جاز في قولهم لأن البيع تناول الجملة فكان متناً ولا للابحاض وليس في التفريق ضرر **قوله** لا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فان قيل إنما يجوز بيع الكل بثمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة وما يبيع النصف يتضمن عيب الشركة في العبد فكان هذا مخالفة من الوكيل إلى شر فلا ينفذ بيعه على الموكل قلنا ضرر الشركة أهون وأقل من ضرر بيع الكل بنصف الثمن فلما جاز ذلك على قوله لأن يجوز هذا وهو ضرر الشركة أولى **قوله** وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف أي بالاتفاق ثم اختلف أبو يوسف ومحمد رحمه الله في الوكيل بشراء عبداً إذا اشترى نصفه قال أبو يوسف رحمه الله الأمر جاز وإن اعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد رحمه الله إن اعتقه (أ)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

على ما مر وأخران الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق **قال** ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فردة المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي بينة أو بآباء يمين أو باقراره فانه يرد على الأمر لأن القاضي يتيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان. عيبا لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة

الوكيل جاز وأن اعتقه الموكل لم يجز فابو يوسف رح يقول بأن العقد موقوف على إجازة الموكل الأتري أنه لو أجاز صرح بالنفذ عليه والاعتاق إجازة منه فنفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لأن الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراء لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلا ينفذ اعتاقه ومحمدة يقول بأنه خالف في ما أمر وإنما التوقف عليه من حيث أن الخلاف يتوهم رفعه بأن يشتري الباقي فيرتفع الخلاف وقبل أن يشتري بقي مخالفاً فإن اعتقه الأمر لم يجز كذا في الإيضاح *

قوله على ما مر إشارة إلى قوله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه **قوله** وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه لأن له ولاية مطلقة في ملكه والأمر بالشراء صادف ملك الغير لأنه يلاقي مال البائع وذمة المأمور وليس للإنسان ولاية مطلقة في ملك الغير ولا يعتبر اطلاقه فيه لأن العمل به ضروري ولا عموم للضروريات فإذا صار المتعارف مراد الم يبق غيره مراد أولانه لو اعتبر العموم في التوكيل بالشراء لا يشتري ذلك المتاع بجميع ملك الموكل ونحن نعلم أنه لم يقصد ذلك فحمل على إخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير والوكيل بالبيع لا يعدو تصرفه ما أمر ببيعه فامكن اعتبار الاطلاق فيه **قوله** وتاويل اشتراطها في الكتاب يعني لما تيقن القاضي بحدوث (١)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله بينة او باء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب من علمه باعتبار عدم ممازسته المبيع فلزم الامر *
قال فان كان ذلك باقرار لزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لا مكان السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه بينة او بنكوله

العيب في يد البائع فلم يكن قضاءه مستندا الى هذه الحجج فما معنى اشتراطها فقال تاويل اشتراطها ان القاضي علم ان العيب لا يحدث مثله في شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجج ليظهر تاريخ البيع فيحصل العلم للقاضي ان العيب كان عند البائع لان مثل هذا العيب لا يحدث في مثل هذه المدة او كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء والنساء وقولهم وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر الى هذه الحجة للرد فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب فلا حاجة الى قضاء القاضي لانه يقبله لامحالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول *

قوله وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله بينة او باء يمين اي ان نكل الوكيل برده على الامر ايضا وفيه خلاف زفره فان قيل اذا كان الرد بالاباء يجب ان لا يلزم الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد به عيبا فرده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه وهذا دليل زفره فجعل هذا ما لو يرد عليه باقراره سواء في حق البائع الاول فكذا في حق الموكل ولكننا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لانه لا يمكنه ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى ذلك بعمل با شره للامر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه بخلاف ما لو اقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول ولكن في عمل با شره لنفسه لا يرجع بعهدته على غيره **قوله** والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن (علمه)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبايع ثالثهما الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا *

علمه هذا يشير الى ان الوكيل يحلف على البتات اذ لو كان على العلم لم يكن مضطرا لبعد العيب عن علمه ولكن عامة الروايات على ان الوكيل يحلف على العلم فاذا علم بالعيب فحينئذ يضطر الى النكول *

قوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه اي موكله سماه بائعا لكونه بمنزلة البائع في انه يرد عليه الوكيل تارة بخاصمه في الرد في بعض الصور والفرق ان الرد لما حصل بقضاء تعذر اعتباره ببيع جديد الفقد التراضي فكان فسخا الا ان هذا فسخ بدليل قاصر فلتصور الحجة لا يكون الرد على الوكيل رد اعلى الموكل ومن حيث انه فسخ كان له ان يخاصم الموكل ومتى كان الرد بالاقرار بغير قضاء كان فسخا بالتراضي فامكن اعتباره ببيع جديد في حق الثالث فيبطل حق الخصومة فان قيل الوكيل بالاجارة اذا آجر وسلم ثم اطع المستاجر بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل حتى كان الوكيل مستاجر من المستاجر وذلك جائزا اذا فعل قلنا لا فرق بينهما في الحقيقة لان قبول الوكيل في الاجارة بمنزلة ما لو قبل الوكيل في البيع بالعيب قبل القبض بغير قضاء فانه يلزم الموكل لان المعقود عليه في الاجارة المنافع وهي غير مقبوضة **قوله** ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره فانه يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين لانهما فعلا بانفسهما عين ما يفعله القاضي لو ترافعا اليه لان الرد متعين في هذا فاذا تعين (ا)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في البيع)

قال ومن قال لا خرا مترك بيع عدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامورا مرنني ببيعه ولم تنل شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستند من جهته ولادلالة على الاطلاق *
قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لئلا المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع المضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادفهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند اي حنفية رح وعندهما لا يتقيد باجل متعارف

الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسلیم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم الموكل بل يانزم الوكيل لان الرد ثبت بالتراضي فصار كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما ينعله القاضي فكيف يكون ذلك مع التفاوت في الولاية وفي حكم الاصل اذ الاصل في هذه المطالبة بوصف السلامة وانما يصار الى الرد اضرورة العجز فاذا انقلاه الى الرد لم يصح في حق غيرهما ولهذا الوامتنع الرد وجب الرجوع بحصة العيب وفي تلك المسائل الحق متعين لا يحتمل النقل الى غيره وهذا هو المراد بقوله وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا *

قوله ولادلالة على الاطلاق اي معنى الوكالة على التقيد حيث لا يثبت الوكالة بدونه ولهذا ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيل ببيع ذلك الشيء الا ترى انه لو قال لغيره وكلتك بمالي او في مالي لم يكن لان يتصرف فيه بشيء بل يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط اما لو دفع المال مضاربة بالنصف كان للمضارب ان يتصرف فيه ما بدا له من التجارة فمن ادعى الاطلاق في المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله **قوله** ومن ادعى التقيد في الوكالة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله **قوله** الى اي اجل كان عند اي حنفية رح حتى لو باع باجل غير متعارف بين التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده عملا بالاطلاق * (قوله)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل)

والوجه قد تقدم * ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده واخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انا به في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالته ولهذا الايملك الموكل حجرة عنه *

* فصل *

واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكل به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأييهما لا برأي احدهما

قوله والوجه قد تقدم اي الوجه من الجانبين قد تقدم في التوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض وعندهما يتقيد بالمتعارف **قوله** فتوى المال عليه بان مات الكفيل مفلسا والمكفول عنه ايضا مات مفلسا او غاب ولا يعرف موضعه او بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالكية فحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل **قوله** والوكيل بالبيع يقبض اصالته لان الوكيل بالبيع اصيل في حق الحقوق ولهذا الايملك الموكل حجرة عن قبض الثمن وكان له ولاية الارتهان واخذ الكفيل فاذا ضاع الرهن في يده فقد صار مستوفيا والاستيفاء مملوك له الا ترى انه لو استوفى الثمن حقيقة ثم هلك في يده كان الهلاك على الموكل والوكيل بالبيع لو احتال بالثمن لم يجز عند ابي يوسف رح لان الحوالة يتضمن ابراء المحيل والوكيل لا يسلك ذلك ولو رد الرهن جاز وضمن للموكل ائله من قيمته ومن الثمن وعند ابي يوسف رح لا يصح رده *

* فصل *

واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكل به دون الآخر هذا اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكم ببيع عبدي هذا او بخلع امرأتي اما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما (ا)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل)

والدليل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري *
قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء
والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة * او بطلاق زوجته بغير عوض او بعق عبده بغير عوض
او ببرد بدعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض
وعبارة المثني والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهوا طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما
لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الخلاق بتعلمهما *

ان يتفرد في التصرف وفي الميسوف في باب الوكالة بالبيع والشراء اذا وكل رجلا ببيع عبده ووكلا اخريه
ايضا فابيهما باع جاز لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وجده وهذا
بخلاف الوصيين اذا وصى الى كل واحد منهما في حقة على حدة حيث لا يتفرد
واحد منهما بالتصرف في اصح القوانين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صار
وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة ثبت بنفس التوكيل فاذا افرد كل واحد منهما
بالعقد استبد كل واحد بالتصرف وفي المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه احدهما
والآخر حاضر فجاز ببيعة جاز وان كان غائبا عنه فاجاز لم يجز في قول ابي حنيفة رح *

قوله والبديل وان كان مقدرا جواب سوال وهو ان البديل اذا كان مقدرا لا يحتاج فيه الى
الرأي فينبغي ان يستبد كل واحد منهما بالتصرف فقال والبديل وان كان مقدرا ولكن تقدير الثمن
في البيع يمنع النقصان دون الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء احدهما وهذا يته او
يختار الآخر مشتريا لا يماطل في اداء الثمن **قوله** الا ان يوكلهما بالخصومة فلا يشترط حضور صاحبه
في خصومته عند الجمهور وقيل يشترط **قوله** للافضاء الى الشغب وانه مانع من اظهار الحق
ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء **قوله** والرأي يحتاج اليه سابقا يعني ان الخصومة وان
افتقرت الى تعاون الرأيين ليعتضد كل واحد منهما بالآخر في استنباط ما هو الا صوب فيها لكن انما
يفتقر الى تعاون الرأيين على ذلك قبل مجلس القضاء **قوله** او ببرد بدعة قيد برد هـ (لانه)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل)

فاعتبره بدخولهما **قال** وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف
دنه ان التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متعاونون في الآراء *
قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء * او يقول له اعمل برأيك لا طلاق
التفويض اليه رأيه فاذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكلا عن الموكل حتى لا يملك
الاول عزله ولا ينزل بموته وينزلان بسوت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي *

لانه اذا وكل وكيلين بقبض ود يعتد ليس لكل واحد منهما ان يتقرب بالقبض وفي الاصل واذا
وكل رجلين بقبض ود يعتد بقبض احدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما
على القبض واجتماعهما على القبض ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انتفع
فاذا قبض احدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا فان قيل ينبغي ان يكون
ضامنا للنصف لان كل واحد منهما ما مور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما ما مور بقبض
النصف اذا قبض مع صاحبه فاما في حالة الانفراد فغير ما مور بقبض شيء منه *

قوله فاعتبره بدخولهما اي فاعتبر التعليق بمشيئتهما بالتعليق بدخولهما بان قال ان
دخلتما الدار فامرا ته طالق لا تطلق ما لم يد خلا **قوله** فعقد وكيله بحضرته جاز لم يشترط
للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر
من وكالة الاصل اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل
الاول جاز حكى عن الكرخي رحمه الله انه قال ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر
مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان محمول
المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشائخ وهذا ان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح
لانه لم يؤذن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة ولعدم التوكيل من الاول
حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب او حاضر فانه لا يجوز عقد هذا النصولي الا باجازة لان اجازة
بيع الفضولي لا يثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا هنا ومتى اجاز فانما يجوز (لان)

(باب الوكالة بالبيع والشراء فصل)

قال فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه ذات رأيد الا ان يبلغه فيجيزه وكذا الوباغ غير الوكيل فبلغه واجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهر وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وتقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناهما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن **قال** اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلبة او باع او اشترى اياها لم يجز معناه ان تصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرفوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الذافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية ولا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى المظن والرق بزوال القدرة والكفر يقطع الشقة على المسلم فلا يفوض اليهما لان الوكيل يملك مباشرة بنفسه فيما اك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل في المسئلة روايتين وجه روايته الجواز بحضرة الاول من غير اجازته انه حضر هذا العقد رأي الاول *

قوله وتكلموا في حقوقه ذكرنا البقالي في فتاواه ان الحقوق ترجع الى الاول وفي حبال الرأصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني وذكر الامام المحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بالزوم العهدة على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول **قوله** ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز اطلق الجواز وهو رواية كتاب الرهن وقد اختارها لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهر وقد حصل وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن لمنع النصان لا لمنع الزيادة وربما يزيد الاول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد **قوله** معناه ان تصرف في مالها يريد به التعميم اي لا يختص بالبيع والشراء بل اي تصرف كان لم يجز او معنى قوله معناه ان تصرف في مالها ان الشراء ينفذ عليه لانه تصرف في مالها وليس له ولاية على مالها او معناه بان اشترى لها بمالها لان يكون المراد ان يشترى لها بمال نفسه (قوله)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

وقال ابو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ والمُرْتَدُّ اذا قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ والحَرْبِيُّ كَذَلِكَ لَانِ الحَرْبِيَّ اَبْعَدُ مِنَ الذَّمِّ فَاُولَئِكَ بِسَلْبِ الْوَلَايَةِ وَاَمَّا الْمُرْتَدُّ فَتَصْرِفُهُ فِي مَالِهِ وَاَنْكَانَ نَافِذًا عِنْدَهُمَا لَكِنَّهُ مَوْتُوفٍ عَلَى وَلَدَةٍ وَمَالٍ وَلَدَةٍ بِالْاِجْمَاعِ لِانْهَا وَلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ وَذَلِكَ بِاتِّفَاقِ الْمَلَّةِ وَهِيَ مُتَرَدِّدَةٌ ثُمَّ تَسْتَقْرِجُهُ الْاِنْقِطَاعُ اِذَا قُتِلَ عَلَى الرَّدَةِ فَيَبْطُلُ وَبِالْاِسْلَامِ يَجْعَلُ كَانَهُ لَمْ يَزَلْ كَانَ مُسْلِمًا فَيَصِحُّ *

* باب الوكالة بالخصومة والقبض *

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلا فالزفر رَحِمَهُمَا اللهُ هو يقول انه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولما ان من ملك شيئا ملك اتما منه واتسام الخصومة وانتهاءها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رَحِمَهُمَا اللهُ لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيرة الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعه الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك * **قال** فان كانوا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهم الا بامانة احدهما واجتمعا عهدا مكن بخلاف الخصومة على ما مر *

قوله وقال ابو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ والمُرْتَدُّ اذا قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ والحَرْبِيُّ كَذَلِكَ ان تصرفهما على المسلم لا يجوز وانما خص قولهما مع ان هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة اذا ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وان قال على رده عندهما بناء على الملك ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالاجماع **قوله** لان الحربي ابعد من الذمي الا ترى ان شهادته على الذمي لا تقبل والذمي صار مئذرا وان لم يكن مئذريا وحقق في حق الذمي ما هو خلاف عن الاسلام ولم يثبت في حق الحربي شيء من الاصل والخلاف والملاءمة اعلم * **باب الوكالة بالخصومة والقبض ***

قوله الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض سواء كانت الخصومة في الدين او في العين **قوله** والفتوى اليوم على قول زفر رَحِمَهُمَا اللهُ ابو بكر البلخي رحمه الله ان محمد بن سامة وغيره من مشائخ بلخ رَحِمَهُمَا اللهُ اخذوا فيه بقول زفر به افتنى ايضا الصدر الشهيد حسام الدين رَحِمَهُمَا اللهُ **قوله** لانه في معناه وضعه (ا)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال الوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة عند أبي حنيفة حتى لو أقيمت عليه البينة على أنه نداء الموكل أو أجاز. وقبل عنده وقال لا يكون خصمًا وهو رواية الحسن من أبي حنيفة ر.ح لأن القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضا به ولا يحنف ر.ح أنه وكله بالتملك لأن الديون تنضي بامه لها إذ قبض الدين لنفسه لا يتصور

أي لأن التناضي في معنى القبض في أصل العقد ذكر في الأساس تفاضيه ديني ودينني وانقضيه استتفيت وانقضيت منه حتي أي اخذتها إلا أن العرف بخلافه لا نديروا بدل المطالبة في العرف *

قوله والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند أبي حنيفة ر.ح فيد بالدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلًا بالخصومة بالأجماع والأصل أن التوكيل إذا رفع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلًا بالخصومة لأن التوكيل وقع بالقبض لا غير وإذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلًا بالخصومة لأن التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعقد فكان خصمًا بينهما فإذا ثبت هذا انفال أبو يوسف ومحمد وحمد الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا الوكيل أحده الشريكين شيئًا من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له أخذ بدل قضاء ولا رضاء كما في الوديعه والغصب فلا ينتصب خصمًا كما في الوكيل بقبض العين وقال أبو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لأن الديون تنضي بامه لها لا بامه عنها وهذا لأن المقبوض ليس بملك للوكيل بل هو بدل حقه إلا أن الشرع جعل ذلك طريقًا للاستيفاء فانتصب خصمًا كالوكيل بالشراء والتسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل بأخذ الدار بالشفعة والوكيل بالشراء خصم حتى يقبل البينة عليه والتسمة بان وكل الشريكين وكيلًا بان تقاسم مع شريكه فالشريك أقام البينة على الوكيل بان شريكه الذي هو موكلك أخذ نصيبه وقبل لا ند خصم والرد بالعيب بان وكل المشتري رجلا برد المبيع على البائع فأقام البائع البينة على الوكيل أن المشتري رضي بالعيب وقبل بینه لأنه خصم * (قوله)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والتسمة والرد بالعيب وهذا اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هناك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصل فيها فيكون خصما فيها *

قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيل بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيل بقبض عبده فقام الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لاعلى خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع فصار كما اذا قام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هنا

قوله الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه استثناء من قوله انه وكله بالتملك **قوله** وهذا اشبه باخذ الشفعة اي مسئلة الكتاب اشبه بمسئلة الشفعة من المسائل الثالث الاخر لان في هذه المسائل ما لم يوجد المبادلة لا يثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة لانه لا يشترط فيها المبادلة لصحة الوكالة وكذا في قبض الدين **قوله** وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا اي كونه خصما لكونه وكيل بالتملك لانه وكل بتملك مثل الدين الذي على المديون وذلك مبادلة والمأمور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيل بالخصومة لانه ليس بتوكيل بالمبادلة فصار امينا محض ورسولا فلم يتعلق الحقوق بالقابض فلا ينتصب خصما ولا يقبل البينة عليه اصلا قياسا حتى لا يجب التوقف لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يوقف الامر حتى يحضر الموكل فاذا حضر امر وابعادة البينة على ما ادعوا لان البينة قامت على شئبين على العتق والطلاق والبيع وعلى قصر يد الوكيل ففي حق من وال الملك عن الموكل ان قامت البينة لاعلى خصم ففي (قصر)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال وكذلك العتق والطلاق وغير ذلك معناه اذا قامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على

العتق على الوكيل بنقلهم تفعل في نصريده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق *

قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير

القاضي عند البيهقي ومحمد بن حنبل استحسانا الا ان يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف رح

يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رح لا يجوز في الوجهين

وهو قول ابو يوسف رح اولاهو القياس لانه مأثور بالخصومة وهي منازعة والاقرار بضادة لانه

مسألة والاقرار بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار

نصريده الوكيل قامت على خصم فتسمع هذه البينة في حق نصريده الوكيل ولم تسمع في حق

ازالة ملك الموكل كما لو اقام البينة على ان الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في نصريده *

قوله وغير ذلك كما اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من موكل الوكيل واقام

بينة على ذلك تنصريده الوكيل عن القبض واذا اقر الوكيل بالخصومة سواء كان

وكيل المدعي او وكيل المدعى عليه فاقراره وكيل المدعي هو ان يقر ان موكله

قبض هذا المال واقراره وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على المدعى عليه

قوله لانه مأثور بالخصومة وهي منازعة الخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على

سبيل المنازعة والمشاجرة والاقرار اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المسالمة والموافقة

فكان ضدهما امر به والتوكيل بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة

والبيع والصلح والدليل عليه بطلان اقرار الاب والوصي على الصبي مع ان ولايتهما

اعم من ولايته الوكيل **قوله** ويصح اذا استثنى الاقرار بان وكله بالخصومة غير جائز

الاقرار اري لو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الاقرار ولانه لو استثنى

الاقرار صريحا لا يملك الاقرار فكذا اذا استثناء دلالة وقبل معنى قوله ويصح اذا استثنى

الاقرار اري لو كان الاقرار خلافا للتوكيل بالخصومة لما صح استثناءه كما لا يصح استثناءه (قبول)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيه الاهدى
فلا هدى وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته يتناول ما يملكه نطعا وذلك
مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه انشاء الله تعالى
فيصرف اليه تحريما للصحة قطعا واستثنى الاقرار عن ابي يوسف رحمه الله لا يصح لان لا يملكه وعن
محمد رحمه الله يصح لان التنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى

قبول البينة من التوكيل بالخصومة واستثناء الانكار وهذا ايضا يصلح جوابا عما يقال
الخصومة حرام فيجعل التوكيل بها مجازا عن التوكيل بالجواب فيتناول الاقرار فاجاب
ان المصير الى المجاز عند تعذر الحقيقة وهنا لا تعذر فانه يصح استثناء الاقرار فبقي توكيل
بمحض الخصومة وفي النهاية معنى قوله ويصح اذا استثنى الاقرار ان التوكيل بالخصومة
لو كان مجازا لمطلق الجواب كان ينبغي ان لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة
لان المراد من الجواب اما الاقرار والانكار كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار
من الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك ممنوع ولهذا استثنى الانكار لا يصح لما قلنا
فعلم بهذا ان التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب *

قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة هذه مسئلة مبتدأة خلافية
ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الخلاف
ايضا عند زفرو الشافعي رحمه الله يتقيد بجواب هو خصومة لان العادة في التوكيل جرت
بذلك ولهذا يختار فيه الاهدى فلا هدى وفي الاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية
وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا بالاجماع وصحته قطعا يتناول ما يملكه نطعا والملك
قطعا مطلق الجواب لا الاقرار ولا الانكار عينا فيصرف الى مطلق الجواب تحريما للصحة
قطعا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح استثناء الاقرار لانه لم يملك للتوكيل بالانكار عينا وانما
يملك التوكيل بجواب هو حق لا محالة وعن محمد رحمه الله يصح لان التنصيص على (استثناء)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه وبخبر الطالب فيه بعد ذلك يقول ابو يوسف رحمه الله ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقته او مجازاً والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً اما لا يخرج في مقابلة الخصومة لان سبب لدلان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البيعة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤول ويدفع المال اليه لانه صار من نصابه وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه *

استثناء الاقرار زيادة دلالة على انه متيقن بحقه في الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى اي على ما هو الاولى بالمسلم وهو مطلق الجواب فانه حلال في عموم الاحوال والخصومة مازعة وهي حرام والتوكيل بالاحرام حرام فحملناه على المجاز بظاهر حاله *
قوله وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب اي وعن محمد رحمه الله انه لم يصح استثناء الاقرار من المطلوب لكونه مجبوراً عليه وانما يكون مجبوراً لدفع ضرر المدعي وفي صحة استثناء الاقرار اضراء به وصح استثناء الاقرار من توكيل الطالب لانه مخبر في اصل الخصومة فله ترك احد وجهيهما **قوله** جواباً يسمى خصومة حقيقته بان انكر ارمجازاً بان اقر والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً اما لانه خرج في مقابلة الخصومة اي في جواب الخصومة واطلاق اسم احد المتقابلين على الاخر جائز مجازاً قال الله تعالى فاعندوا عليه ببئس ما اعتدى عليكم وجزاء سيئة سيئة مثلها اولان الخصومة في مجلس القضاء سبب للجواب ظاهراً والجواب تارة بلا وتارة بنعم والسببية طريق المجاز ولهذا يختص بمجلس القضاء لكن اذا اقيمت البيعة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة لزمه بطلانها فلا يؤول مردف المال اليه نصارك لاب والوصي اذا اقر على البيتيم انه استوفى حقه في مجلس القضاء لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما (لزمهما)

قال ومن كفل بمال من رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلًا في ذلك ابدالان التوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها سارعا ملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه

لزعهما ببطلان حق الاخذوانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظري الاقرار على الصغير فاما التفويض من الموكل حصل مطلقا غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الاقرار والانكار جميعا غير ان الاقرار صحته يختص بمجلس القضاء على ما ذكرنا *

قوله ومن كفل بمال عن رجل صورة المسئلة ما اذا وكل رب الدين كنيته بقبض المال من المديون لا يصح توكيله اذ احتسب لو هلك المال في يده لا يهلك على الموكل وقوله ابدالاي قبل براءة الكفيل وبعدها ما قبل البراءة فلما ذكر في الكتاب من انعدام ركن الوكالة وما بعد البراءة فانه لما لم يوجب وكالة حال وجود التوكيل للمانع لا ينقلب وكالة بعد انعدام المانع كمن كفل لغائب فلم يصح اعدام قبوله وهو شرط ثم اذا بلغه الخبر فاجاز لا يجوز ايضا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله **قوله** فانعدم الركن اي ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتمل اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتمل عليه لا يصبر وكيلًا لما قلنا فان قيل يشكل بر ب الدين اذا وكل المديون بابراء نفسه من الدين يصح ذكره في الجامع وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ اسلام رحمه الله في تعليل هذه المسئلة ان المديون لا يصلح وكيلًا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف المذكور في الجامع فكان للمنع فيه مجال كذا في الفوائد الظهيرية وفي الكافي فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه في الجامع وان كان المديون بابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا انما يصح ثمة لانه تملك لانه توكيل كما في قوله طلعتي نفسك قلت لو كان تملك لا اقتصر على المجلس ولا ية عصر * (قوله)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء وبطالب العمد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا ما بيناه *

قال ومن ادعى الوكيل الغائب في قبض دينه فصدقته الغريم لم تسلم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقته والادفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يد المدين غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله ان ينتقض قبضه وان كان ضاع في يد المدين يرجع عليه لانه بصدقة ما عترف انه محقق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره **قال** الا ان يكون صمته عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في رعيتهما وهذه كماله اضيفت اليه حالة القبض فيصح بمنزلة التمثال لهما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقته على الوكالة ودفع اليه على اذعان فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقته في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاءه ورجع عليه وكذا اذا دفع اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر

قوله وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء اي لزمه ضمان قيمته للغرماء وبطالب العمد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا ما بيناه من ان الوكيل من يعمل غيره والمولى عامل لنفسه لانه يبرئ بد نفسه فلا يصلح وكيل **قوله** الا ان يكون ضمنه عند الدفع وصورة التضمين ان يقول الغريم للوكيل نعم انت وكيل ولكن لا آمن ان يحضر الطالب ويحشد وكالتك وبأخذ مني ثانيا ويصير ذلك ديني اليه عليه باتفاق بيني وبينك فهل انت كفيل عنه بما يأخذ مني فتقبل صح وصار كفلا **قوله** وهذه كماله اضيفت اليه حالة القبض اي قبض رب الدين ثانيا ولو كان الغريم لم يصدقته على الوكالة ودفع اليه اي ولم يكذبها ايضا بل كان ساكتا لقوله بعد هذا وكذا اذا دفعنا اليه على تكذيبه اياه في الوكالة **قوله** وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع (رجاءه)

لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار
حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الي فصولي على رجاء الاجازة لم يملك
الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع
القبض عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض المودعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه

رجاءه رجع عليه لا يقال بان الدفع اذا كان على رجاء الاجازة كان المدفوع اليه فضوليا
فيكون المدفوع امانة في يده فلا يكون ضامنا لان المدفوع اليه لا يقبضه ليكون امانة عنده
من جهة المديون وانما يقبضه ليكون امانة من جهة الطالب فلا يمكن اعتبار الامانة
من جهة المديون ولان دفع بزعمة وزعمته ان يستفيد المديون البراءة بما يدفعه اليه فيستفيد
رضاء به واما اذا دفعه مع انه كذبه في الوكالة لان الوكيل قبض من المديون المال بشرط
ان يستفيد المديون البراءة عما في ذمته فاذا لم يستند هذا المديون راضيا بقبضه
بل هو في حقه كالمغاصب فكان له ان يضمه وهذا اظهر في ثبوت حق الرجوع *

قوله لما قلنا اي انما دفعه اليه على رجاء الاجازة **قوله** وفي الوجوه كلها وهي الوجوه الاربع
وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير
تكذيب ولا تصديق ودفعه مع التكذيب **قوله** لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا
في حالة التصديق او محتملا في حالة التكذيب واذا كان الوكيل ظاهرا بعد ان كان صادقا
في قوله ظاهرا وان كان فاسقا او مستورا الحال كان قوله محتملا للصدق **قوله** فصدقه المودع
لم يؤمر بالتسليم اليه ولو سلم مع هذا ثم اراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام
علاء الدين رحمه الله في شرح الجامع انه لا يملك الاسترداد لانه ساع في نقض ما اوجبه
وقال ايضا وانما يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن قيل لا يضمن
وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع
من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله *

(قوله)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

لانه اقرار بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدق المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه مادام حيا كان اقرار املك الغير لانه من اهله فلا يصدق ان في دعوى البيع عليه *

قال بان وكل وكيل بقبض ماله نادى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق *

قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعيه اجانبه ولا يستحلف الوكيل لان النائب **قال** وان وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين

قوله لانه اقرار بمال الغير لان الوديعة مال الغير بخلاف الدين لان ما يتضيه المديون خالص ماله لان الديون تقضى بامثالها فكان ما اداة المديون مثل مال رب الدين لانه فانه كان تصديقه اقرارا على نفسه باداء المال ومن اقر على نفسه بالمال يجبر على الاداء وذكر في الذخيرة وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فبالتقيا قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل ان يقول ارسلني فلان يقول لك افرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول افرضني والرسالة بالاستقراض جائزة **قوله** ولا يستحلف الوكيل لانه نائب وفي الايضاح ولو اراد المظلوم ان يحلف الوكيل ما يعلم ان الطالب قد استوفى الدين لم يحلفه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله (و)

لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ما غرض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد وما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر *

وقال زفر رحمه الله احلفه على العلم فان ابى ان يحلف خرج عن الوكالة وكان الطالب على حجة لان الوكيل لو قرب ذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف وا بوحيفة وابو يوسف رحمهما الله يقولان فانه يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فلو حلفنا الوكيل لحلفناه بطريق النيابة والنيابة لا تجري في اليمين *

قوله لان التدارك ممكن هنالك اي في مسئلة الدين باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله اذ القضاء لم ينفذ باطلا لانه ما قضى الا بمجرد التسليم فكان كالتقضاء بالاملاك والمرسلة وهنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ما غرض على الصحة لان قضاء القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً عند ابي حنيفة رحمه الله ومتى نفذ القضاء بالفسخ ظاهراً وباطناً لا يكون للبائع ان يستحلف المشتري اذ اضر على الرضاء لانه لا فائدة ان نكل فيظهر انه كان راضياً بالعيب وان حق الفسخ لم يكن ثابتاً للمشتري وان القاضي اخطأ في قضائه بالفسخ ولكن عند ظهور الخطاء في القضاء بالفسخ لا يبطل قضاءه بالفسخ **قوله** قالوا يجب ان يتحد الجواب عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في الفصلين ولا يؤخر القضاء بالرد لان التدارك ممكن عندهما في هذا كما في مسئلة الدين لان القضاء بالرد لا ينفذ في الباطن عندهما كالتقضاء بالتسليم وقيل الاصح عند ابي يوسف رحمه الله ان يؤخر في الفصلين اي في فصل الرد بالعيب وفصل الدين لان من مذهبه ان القاضي لا يرد (١)

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عشرة عليهم من ماله
فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا
كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس لذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان
في قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخل فيه والله اعلم بالصواب *

المبيع على البائع اذا كان المشتري حاضرا واراد الرد ما لم يستحلغه بالله ما رضيت بهذا العيب
وان لم يدع البائع فاذا كان المشتري غائبا لا يرد عليه ايضا حتى يستحلف صيانته للقضاء
عن البطلان ونظر البائع والمديون فصار عنه روايةان رواية مثل قول محمد وفي رواية يؤخر فيهما *

قوله والعشرة بالعشرة اي العشرة التي انفقها الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التي
اخذها من الموكل اي لا يكون متبرعا وقال الامام الترمذي رحمه الله هذا اذا كانت
عشرة الدافع فائدة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد اليها اركان مطلقا لكن ينوي تلك
العشرة فان كانت عشرة الدافع مستهلكة او كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد
اليها يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تنعين في الوكالة وكذا لو اضاف العقد الى
غيرها عند غيبة الطالب وقيل لا تنعين عند العامة لكن تبقى الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة
والشركة حيث تنعين فيهما **قوله** وفي القياس ليس لذلك ويصير متبرعا يعني الوكيل
بالانفاق يصير متبرعا في انفاق ماله نفسه بغير موكل ويلزمه رد ما قبض اليد لان الدراهم
تنعين في الوكالات بدليل انها لو هلكت يبطل الوكالة وقد خالف امره فيرد عشرته عليه وقيل
القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بوكيل بالشراء فاما الوكيل بالانفاق وكيل
بالشراء لا نفقة في الانفاق الى شراء ما يحتاج اليه في النفقة والوكيل بالشراء لا يكون متبرعا
قياسا واستحسانا لانه لا يمكن استصحاب دراهم الموكل في الاحوال كلها وربما يظفر في السوق بشيء
ما يحتاج اليه فلزم يتمكن من الشراء ونقد الدين من دراهم نفسه على سبيل الاقتراض من الموكل
واخذ دراهمه بجهة حقه لكونه ظافرا حقة ادى الى الاخلال بالغرض المطلوب وبهذا الطريق اذا قضى
الوصي دين الصغير بماله نفسه يتمكن من الرجوع في ماله كذا في الاوضح والله اعلم (باب)

(باب عزل الوكيل)

* باب عزل الوكيل *

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلًا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن **قال** فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز متى يعلم لان في العزل اضراؤه من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه

* باب عزل الوكيل *

قوله بطلب من جهة الطالب قيد بالطلب لانه لو لم يكن بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا غائبا ويكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب اى المدعى عليه ووكيل الطالب فله عزله عند غيبة المطلوب لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه ان خصومة الوكيل حق الطالب لتيامه مقام الطالب وخصومة الطالب بنفسه حقه فكذا خصومة من قام مقامه **قوله** لما فيه من ابطال حق الغير وهو ان يحضره مجلس الحكم وبخاصته ويثبت حقه عليه فلو صح عزله عند غيبة الطالب يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل وربما يغيب المطلوب قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا بخلاف ما اذا كان الطالب حاضرا فان حقه لا يبطل اصلا لانه ان لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب ويمكنه ان يطلب منه وكيلًا آخر **قوله** وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن اى في تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل الا ان الموكل في الرهن لا يملك عزله اصلا اذ الميرض المرتهن به والمطلوب يملك عزله عند حضرة الطالب وان لم يررض به الطالب لانه لا يبطل حقه لانه يمكنه ان يخاصم المطلوب وفي الرهن لو صح العزل حال حضرة المرتهن يبطل حقه في البيع اصلا لانه لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع **قوله** لان في العزل اضراؤه من حيث ابطال ولايته وفي ابطال ولايته تكذيبه لان الوكيل لما زوج لموكله (او)

(باب عزل الوكيل)

فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العددا والعدالة في المخبر فلا نعيده *

قال ويبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقة وبحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه

او طلق امرأته او باع او اشترى له على ادعاء انه وكيله ثم لو صح عزله من غير علم الوكيل كان تكذيبا للوكيل في ما ادعى من الوكالة لبطلان ولايته على هذه التصرفات بالعزل وفي تكذيب الانسان في ما يتول ضرر عليه وهذا المعنى عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء فان قيل ابطال الولاية لا يجوز علم او لا كما في غير الوكيل قلنا هو ابطال نظرا الى الولاية في الحال ومنع من حيث ان حال البقاء في هذا العقد مثل الابتداء فانه يعتقد ساعة فساعة الا ترى انه يبطل بموت الموكل والوكيل وجنونهما واذا كان ادوامه حكم الابتداء فبالعزل كانه يمنع الوكيل من التصرف في محل مملوك له وهذه الولاية فوقنا على الشبهين حظهما قلنا بصحة العزل مع العلم عملا بشبه المنع وبعد ثبوته عند انتفاء العلم عملا بشبه الابطال *

قوله فينقد من مال الموكل اي اذا كان وكلا بالشراء ويسلم المبيع اذا كان وكلا بالبيع فيضمنه اي ما نقد من الثمن وما سلم من المبيع على تقدير صحة العزل **قوله** وغيره بالرفع كالوكيل بالطلاق والعناق **قوله** للوجه الاول وهو ان في العزل اضرازا من حيث ابطال ولايته وقال الشافعي رحمه الله ينزل ولم يبلغه العزل لانه بالعزل يبطل حق نفسه لان نفوذ الوكالة لحق الموكل والمرء يتفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعناق قلنا نفوذ الوكالة حقه لكن يتضرر الغير في اسقاطه ولان العزل خطاب يلزم للوكيل ان يمتنع وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع فلا يثبت حق العزل في حقه ما لم يعلم **قوله** لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه (و)

فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة
 الاغماء ورحم المطلق شهيد عند ابي يوسف راجح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه
 يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد راجح حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات
 فقد ربه احتياطا قالوا الحكم المذكور في المحقق قول ابي حنيفة راجح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده
 فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة
 فلا يبطل وكالته الا ان يموت او يقتل علي رده او يحكم بلحاظه وقد مر في السير * وان كان الموكل
 امرأة فارتدت فالوكيل علي وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردها لا تؤثر
 في عقودها علي ما عرف **قال** واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه

وانه كان كذلك لان التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف في كل لحظة من لحظات
 دوام التصرف يستبد من النقص والفسخ فلما لم ينسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند امكانه
 بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه اما اذا كان التصرف لازما لا يتأتى هذا المعنى لان
 المتصرف لا يتمكن في كل لحظة من النسخ فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء *
قوله فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض اي امر التوكيل بهذه العوارض من الموت
 والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر
 البيع ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار
 فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض لانه يسقط به جميع العبادات كالصوم والصلوة
 والزكاة اما ما دون التحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت **قوله** واذا
 وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له فحجر عليه هذا اذا كانت الوكالة بالبيع والشرى فاما
 اذا كان التوكيل بقضاء الدين او التقاضي لم يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر
 على المأذون لان في كل شيء وليد العبد لا يسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا
 بايفائه وله ولاية المطالبة باستيفاء ما وجب له لان وجوده كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله (علي)

(باب عزل الوكيل)

أو الشريكان فافترا فانهذه الوجوه تبطل الوكالة علم الوكيل أولم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باع الموكل **قال** اذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته* وان لحق بدار الحرب مرتد لم يجزله التصرف الا ان يعود مسلما قال رضوهذا عند محمد ر ح فاما عند ابيوسف ر ح لا يعود الوكالة لمحمد ر ح ان الوكالة اطلاق لا نه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمته وانما عجز يعارض المحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيل ولا يبيوسف ر ح انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك والمحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد المدب *

على الوكالة فيدرو لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرة صح ايضا فان باع باذن الغرماء او مات بطلت وكالة الوكيل في جميع ذلك لانه حين خرج عن ملكه لم يبق له حق المطالبة بالاستيفاء فبطل وكالة الوكيل حكما لخروج الموكل من ان يكون مالكا لهذا التصرف* **قوله** أو الشريكان فافترا اي احد الشريكين يعني به ان يبطل الوكالة في حق الشريك الآخر الذي لم يوجد منه التوكيل صريحا وانما صار وكيله عند بالشركة فلما افترا لم يبق وكيله عنه اما يبقئ وكيله في حق الآخر وينبغي ان لا ينزل فيما اذا وكل الشريكان صريحا بافترا فهما والدليل عليه ما ذكر في الجامع في الباب الرابع من كتاب الشركة احد المتفاوضين اذا امر رجلا بان يشتري له عبدا بالف درهم ولم يدفع اليه الثمن صححت الوكالة وصار هذا الرجل وكيله فلو تناقض الشريكان المتفاوضة وفاوض كل واحد منهما رجلا على علي حدة ثم اشترى الوكيل بعد ذلك عبدا وهو يعلم بتناقض المتفاوضة ولا يعلم جاز شرا الوكيل والعبد لازم للامر خاصة دون شريكه الاول والثاني **قوله** واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا اي مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السماء اذا استوعبها لان كثيرة كالموت وقليله كالاغماء وحده الجنون المطبق مذكور في المتن **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتد لم يجزله التصرف (الا

(باب عزل الوكيل)

ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتد الا يعود الوكالة في الظاهر وعن محمد ر ح انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل بالحاق **قال** ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوهاً مثل ان يوكله بعتاق عبده أو بكتابة عبده أو بكتابة الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه أو يوكل بطلاق وطلقها الزوج ثلثا

الا ان يعود مسلماً هذا اذا حكم القاضي بلحاظه بدار الحرب ذكر شيخ الاسلام ر ح في المبسوطون لحق الوكيل بدار الحرب مرتداً فإنه لا ينزل عن الوكالة عندهم جميعاً ما لم يقض القاضي بلحاظه * **قوله** ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتد الا يعود الوكالة اي قد لحق بدار الحرب مرتد او قضى القاضي بالحاق ثم عاد مسلماً وعن محمد انه يعود فأبو يوسف ر ح سوى بين عود الموكل مسلماً وبين عود الوكيل مسلماً بعد قضاء القاضي بالحقوق حيث لا يقول بعود الوكالة في الفصلين ومحمد رحمه الله فرق بينهما في الظاهر والفرق ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه برده ولحاظه فبطلت الوكالة على الثبات فامردة الوكيل لم يزل ملك الموكل فكان محل تصرف الوكيل باقياً لكنه عجز عن التصرف بعارض فاذا زال العارض صار كان لم يكن وعن محمد رحمه الله انه سوى بينهما وقال يعود وكيلاً كما كان فيهما لان الموكل اذا عاد مسلماً يعاد عليه ماله على قد يم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته **قوله** ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه في ما وكل به بطلت الوكالة وفي الذخيرة الاصل في جنس هذه المسائل ان الموكل متى احدث تصرفاً في ما وكل ببيعه قبل بيع الوكيل ان كان تصرفاً يعجز الوكيل عن البيع يخرج من الوكالة وان كان تصرفاً لا يعجز عن البيع لا يخرج من الوكالة لانه اذا عجز عن البيع فقد عجز عن الامتثال فبالعجز عن الامتثال يخرج الوكيل عن الوكالة اذا ثبت هذا فنقول متى باع او وهب او تصدق (و)

(باب عزل الوكيل)

او راحة وانتقضت عدتها او بالخلع فحالها بنفسه لانه لا تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف
فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجهامند لان الحاجة قد انتقضت
بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها لانه ان يزوجه الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو كلفه ببيع عبده فباعه بنفسه

وسلم او وطى فاستوفى فالوكيل يخرج عن الوكالة لان هذه التصرفات في العين تعجز الوكيل
عن البيع الا ترى ان الموكل بعد احداث هذه التصرفات لا يقدر على البيع فكذا وكيله ولو وطى
ولم يستوف او استخدم او اذن له في التجارة كان على الوكالة لان هذه التصرفات لا تعجز الوكيل
عن البيع الا ترى ان الموكل بعد احداث هذه التصرفات يقدر على البيع بنفسه فكذا وكيله واذا رهن
او آجر وسلم ذكر في ظاهر الرواية انه لا يخرج من الوكالة وعن ابي يوسف ر ح انه يخرج *

قوله او راحة وانتقضت عدتها وفي المبسوط وان وكله ان يطلقها ثم طلقها الزوج او خلعها
فان طلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لان الزوج بعد الطلاق والخلع مالك لا يقع
الطلاق عليها فبقي الوكيل على وكالته وان انتقضت عدتها لم يقع طلاق الوكيل عليها بعد ذلك
لان الزوج خرج من ان يكون مالكا لا يقع عليها بعد العدة فيبطل الوكة لذلك ان تزوجها
بعد ذلك لان تمكن الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد والوكالته لم تتأوله فلا يعود الوكالة
باعتباره وعلى هذا الواردت او ارتد الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها في العدة لبقاء
تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب مرتدا فذلك بمنزلة موته فلا يقع عليها
طلاق الوكيل بعد ذلك ولو امر اهل الحرب عبدا فادخلوه في دارهم ثم رجع الى الموكل
بذلك جديدي بان اشتراه منهم لم يعد الوكالة ولو اخذ من المشتري منهم بالثمن او ممن وقع
في سهمه من الغنائم بالقيمة فهو على الوكالة لانه لاخذ بهذا الطريق بعيدة الى قديم
مكمله ولو وكله بان يعتق امته ثم اعتقها المراسي فارتدت ولحققت بدار الحرب فاسرت
وملكها المولى لم يجزعتق الوكيل فيها لانه كان مأمورا بالذرق الذي كان فيها وقد زال
باعناق المولى وهذا الحادث رق متجدد بتجدد السبب فلا يكون هو وكبلا بارالته (قوله)

(باب مزل الوكيل)

فلو رد عليه بعيب بقضاء قاضٍ فعن أبي يوسف ر ح ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصارك اعزل وقال محمد ر ح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قد يم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم بالصواب *

قوله فلور د عليه بعيب بقضاء قاض وفي المبسوط ولو باعها الوكيل او الامر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل ان يبيعه لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء قاض بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل ان يبيعه وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث او هبة او غيره بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول وفي الذخيرة ولو قاله المشتري فليس للوكيل ان يبيعه ان كانت الاقالة بعد القبض لانه بمنزلة الشراء الجديد في حق الثالث وكذلك ان كانت الاقالة قبل القبض لان الامر قد انتهى نهايته بالبيع والمقصود من البيع هو الثمن وان فات لكن من جهة الموكل وفوات المقصود من التصرفات من جهة المتصرف لا يلحق المتصرف بعدم **قوله** بخلاف ما اذا وكله بالهبة يتعلق بقوله وقال محمد ر ح له ان يبيعه مرة اخرى **قوله** فوهب بنفسه ليس بقيد لانه لو وكله بان يهب عبده فوهبه الوكيل ثم رجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه مرة اخرى قال محمد ر ح ولا يشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا والله اعلم (كتاب)

(كتاب الدعوى)

* كتاب الدعوى *

قال المدعى من لا يجهر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجهر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى وقد اختلف عبارات المشائخ ردهم المذنبه فمنها ما قل في الكتاب وهو حد عام صحيح وقبل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالحارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة

* كتاب الدعوى *

هي اسم اللادعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمرو ولا يزيد المدعى وعمر والمدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ وانها المتنايت فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى في الحرب ان يقول البأس بالغلان واما قوله دعوتهم فيها سبحانه اللهم فمعناها الدعاء والدعوة بالفتح المدعاة وهي المأذبة وبالكسر في النسب وقيل الدعوى في اللغة قول يقصد به الانسان ان يجاب حق على غيره وقيل عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة واما شرعا فيراد به اضافة الشيء الى نفسه في حالة مخصوصة وهي حالة المنازعة ولهذا قال عليه السلام البينة على المدعى وقيل المدعى لغة من يقصد ان يجاب الحق على الغير الا ان اطلاق اسم المدعى في عرف اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعىا قبل اقامة البينة واما بعد اقامة البينة يسميه محقلا مدعىا ويقال لمسلمة لعنه الله مدعى النبوة وشرط صحتها مجلس القضاء فالمدعى في غير مجلس القضاء لا تصح حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابها ومن شرائط صحتها ايضا ان يكون دعوى المدعى على خصم حاضر وان يكون المدعى شيئا معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب ولهذا الوادعى انه وكيل هذا الخصم الحاضر في امر من اموره فان القاضي لا يسمع دعواه هذه اذا انكر الاخر لانه يمكنه عزله في الخلل واما حكدتها فوجوب الجواب على الخصم بنعم اربلا ولهذا وجب على القاضي احضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب وهي نوعان صحيحة وفاسد قوله ومعرفة الفرق بينهما اي بين المدعى والمدعى عليه من اهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى (قوله)

ج
نسخة

كذبي اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال
محمد ر ح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح
بالفقه عند الحذاق من اصحابنا ر ح لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال
رددت الوديعة فاقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان (معنى) *
قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما

قوله كذبي اليد فانه اذا قال هولي كان له ما لم يثبت الغير استحقاقه **قوله** من يتمسك
بغير الظاهر كما اذا ادعى ديناً بوجه من الوجوه على آخر فالبيئة على المدعى يدعواه
امرا عارضا وهو شغل ذمته بحقه والظاهر عدمه والمدعى عليه هو المنكر لتمسكه بالاصل
وهو براءة ذمته وهو الظاهر وكذا الظاهر ان يكون الاعلاك في يد الملاك فكان الخارج متمسكا
بخلاف الظاهر **قوله** والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا اي بالمعنى اذا اعتبار
للمعاني دون الصور والمباني فانه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى وهو انكار
معنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو منكر لوجوب الضمان
معنى وهذا يحلله القاضي اذا ادعى الرد انه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلله انه رده
لان اليمين يكون ابداء على النفي فان قيل المودع بدعوى الرد متمسك بما ليس
بثابت اذا الرد لم يكن ثابتا وهويد عليه والمودع يتمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد
فانه كان ثابتا وهويد عليه فكان ينبغي ان يكون المودع هو المدعى والمودع هو المنكر قلنا
المودع يدعي فراغ ذمته عن الضمان وهو اصل والمودع يدعي شغل ذمته وانه لم يكن
ثابتا ولهذا يقبل بينته اذا اقامها اعتبارا للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف
اعتبارا للمعنى **قوله** ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره اعلم ان
الدعوى نوعان صحيحة وفاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها احكامها وهي احضار الخصم
ووجوب الحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين اذا انكر والا ثبات (با)

(كتاب الدعوى)

في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالتزام بواسطة اقامة الحجة والالتزام في المجهول لا يتحقق * فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليثبت اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام بالقصص ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عمرو وجوب الجواب اذا حضر ليشهد حضوره ونزوم احضار العين المدعى عليه لما قلنا واليمين اذا انكره وسند كره ان شاء الله تعالى *

قال وان لم تكن حاضرة لا كرقمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف

بالبينه ونزوم احضار المدعى والفائدة ما لا يتعلق بها الاحكام التي بينها وانفساد باحد معنيين ١. ان لا تكون ملزمة بشيء على الخصم اذا ثبت كمن ادعى على غيره انه وكيله او يكون المدعى مجهولا في نفسه لان فائدة الدعوى الالتزام بواسطة اقامة الحجة والالتزام لا يتحقق في المجهول لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول بينه المدعى ولا بنكول المدعى عليه *

قوله في جنسه بان قال حنطة مثلا وقدره بان قال عشرة اقتره حنطة وفي الذخيرة فان كان المدعى مكيلا فانما يصح الدعوى اذا ذكر المدعى جنسه بانه حنطة او شعير ويذكر مع ذلك نوعا انها سقية او برية خريفية او ربيعية ويذكر مع ذلك صنفها انها جيدة او وسطية او ردية ويذكر قدرها بالكيل فيقول كذا اتقير لان المتدار في الحنطة الكيل ويذكر يقير كذا لان التقير ان تتفاوت في ذاتها ويذكر سبب الوجوب لان احكام الدين تختلف باختلاف اسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء ليقع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال به قبل ان يقبض وان كان من ثمن بيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط فيه بيان مكان الايفاء **قوله** وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها وفي الذخيرة وان وقع الدعوى في عين غائب لا يعرف مكانه بان ادعى رجل على رجل انه غصب منه ثوبا او جارية لا يدري انه قائم او هالك فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة (ب)

والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث بشرط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة **قال** فان ادعى عقارا حدة وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه بدلا منه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجدلان تمام التعريف به عندا بي حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لفررح اوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى بشرط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينه او علم القاضي هو الصحيح نفي التهمة الموضوعة اذا العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهد وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون موهونا في يده او محبوبا بالثمن في يده بالمطالبة يزول هذا الاحتمال مقبولة وان لم يبين القيمة اشار في عامة الكتب انها مسموعة لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف لبيان القيمة لتضرره وقال الامام فخر الاسلام البزدوي رحمه الله اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي لبيان القيمة فاذا كلفه ولم يبين بسمع لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه لبيان القيمة فقد اضربه اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه واذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط من الشاهد بالطريق الاولى *

قوله والقيمة يعرف به اي القيمة شيء يعرف العين بذلك الشيء فلذلك شرط ذكر قيمة العين وقيل ان العين لا يعرف بالوصف وان بولغ في وصفه لمشاركة كثير من الاعيان اياه في ذلك الجنس لكن ببيان الوصف طولا وعرضا وغير ذلك تعرف قيمته وقيل تعرف القيمة ببيان الوصف لانه اذا قيل ان قيمته عشرة دراهم من الفضة الجيدة او كذا دينار من الذهب التركي يصير قيمته معلومة بهذا الوصف **قوله** بخلاف ما اذا غلط في الرابعة (لانه)

(كتاب الدعوى)

وعن هذا فالوفاي المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق **قال** وان كان حقا في الدمة ذكر انه يطالبه به لما نلنا وهذا الان صاحب الدمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به **قال** واذا صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم

لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وتأييده اذا ادعى شراء شيء بثمن منقود فان الشهادة تقبل عليه وان سكتوا عن جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا لم تقبل * **قوله** وعن هذا فالوفاي المنقول اشارة الى قول الدان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده **قوله** لكن لا بد من تعريفه بالوصف فان كان المدعى وزنيا قائما يصح اذا بين الجنس بان قال ذهب او فضة وان بين الجنس وبعد ذلك ان كان مضروبا يقول كذا دينار او يذكر نوعه بخاري الضرب او نيشابوري الضرب وينبغي ان يذكر صفته انه جيد او وسط او ردي وانما يحتاج الى ذكر الصفة اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا وان كان في البلد نقود مختلفة والكل في الزواج سواء ولا فضل للبعض على البعض يجوز البيع ويعطى المشتري البائع اى نتد شاء الا ان في الدعوى لا بد من تعيين احدها وان كان احد التقدين اروج وللآخر فضل فالعقد جائز وينصرف الى الاروج ويصير ذلك كالمفوض في الدعوى فلا حاجة الى البيان في الدعوى الا اذا كان مضى زمان طويل من وقت العقد الى وقت الخصومة بحيث لا يعلم اروج وقت العقد فحينئذ يشترط بيان الاروج في ذلك الوقت ما كان وان كان الدعوى بسبب القرض والاستهلاك فلا بد من بيان الصفة على كل حال وان كان المدعى نكرة وكان مضروبا ذكر نوعها وهو ما يضاف اليه ويذكر صفتها انها جيدة او وسطة او ردية ويذكر قدرها انه كذا درهم او وزنها لان وزن الدرهم يختلف باختلاف البلدان والذي في ديارنا وزن سبعة وهو الذي كل عشرة منها بوزن سبعة مثاقيل وان كانت الفضة غير مضروبة ان كانت خالية عن الغش يذكر كذا فضة (خالصة)

فان اعترف قضي عليه بهالان الاقرار موجب بنفسه فبأمره بالخروج عنه وان انكر
سأل المدعي البينة لقوله عم الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين
على فقد البينة فلا بد من السؤال لممكنه الاستحلاف *

قال ان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه
عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقة لا تبرى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

خالصة ويذكر نفعها بان قال نقرة طمغاجية ويدكر صفتها انها جيدة او وسطه او ردية وقيل
اذا ذكر طمغاجية لا حاجة الي ذكر الجودة وان كان المدعي دراهم مضروبة والغش فيها
غالب ان كان يتعامل بها وزنا يذكرونها ومقدارها وصفتها وان كان يتعامل عددا يذكرونها
عددها ولو ادعى الحنطة او الشعير بالامناء وبين او صافها فقد قيل لا يصح هذه الدعوى وقيل
يصح وفي الذرة والملح يعتبر العرف اما في الاشياء الستة فالمعتبر هو الكيل في الاربعة منها
وهي الحنطة والشعير والتمر والملح وفي الذهب والفضة الوزن ثم اذا ادعى الحنطة والشعير
مكايلة حتى صحت الدعوى بلا خلاف واقام البينة على اقرار المدعي عليه بالحنطة او الشعير
ولم يذكر او الصفة في الاقرار قبلت بينته في حق الجبر على البيان لافي حق الجبر على الاداء وان
ادعى الدقيق بالغميز لا تصح لالتباسه بالكبس ومتى ذكر الوزن حتى صحت الدعوى لا بد
ان يذكر انه دقيق يابس او مغسول ويذكر مع ذلك انه منخول او غير منخول ويذكر مع ذلك
انه جيد او وسط او ردي قال في النهاية هذا كله من الذخيرة وفصول الامام الاستروشي *

قوله فان اعترف قضي عليه بها اطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف
على القضاء وكان الحكم من القاضي الزاماً بالخروج عن موجب ما اقرب به بخلاف البينة لانها انما
تصير حجة باتصال القضاء بها **قوله** لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى **قوله** لما روينا اي
لك يمينه وانما شرط طلبه لان اليمين حق المدعي قبل المدعي عليه اذا الاضافة بحرف اللام
المقتضية للاختصاص تنصب على ان اليمين حق المدعي والفقه فيه ان المدعي يزعم (انه)

* باب اليمين *

وإذا قال المدعي أي بيته حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رح معناه حاضرة في المصروف قال أبو يوسف رح يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ولا يبي حنيفة رح أن ثبوت الحق في اليمين مرتبط على العجز عن إقامة البيعة لما روينا لا يكون حقه دونه كما إذا كانت البيعة حاضرة في المجلس ومحمد رح مع أبي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة رح في ما ذكره الطحاوي رح **قال** ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عم البيعة على المدعي واليمين على من أنكر قسم والقسمه تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح

أنه اتوى بانكاره حقه فشرع الاستحلاف حتى لو كان الأمر كما زعم يكون أتواء بمقابلته أتواء فان اليمين الناجزة تدع الديار بلائع والايصال المدعي عليه الثواب بذكر اسم المدعى على سبيل التعظيم ثم كما أن اليمين حق المدعي فكذا هي حق المدعي عليه من حيث أن شرعيتها إنما كانت لإظهار صدق المدعي عليه وما كان يرجح صدق الإنسان كان حقه *
* باب اليمين في الدعوى *

معناه حاضرة في المصراحتة من البيعة الحاضرة في مجلس الحكم فان البيعة لو كانت في مجلس الحكم لا يجوز الحكم باليمين بالاتفاق وإن طلب الخصم **قوله** وجعل جنس الايمان على المنكرين إذا لاف واللام لاستغراق الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعي فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين قريب وما روينا مشهور تلقته الأمانة بالقبول حتى صار في حديث التواتر فلا يعارضه على أن يحصى بن معين قد رده **قوله** وليس وراء الجنس شيء أي شيء من أفراد ذلك الجنس وفيه خلاف الشافعي رح فعنده إذا لم يكن للمدعي بنية أصلاً وحلف القاضي المدعي عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان خلف قضي به والا لا لان الظاهر صار شاهداً للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه (كالمدعي عليه)

قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينه الخارج أولى وقال الشافعي رح
 يقتضى بينة ذى اليد لا اعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك
 مع الاعتاق أو الاستيلاء والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر أثباتاً وأظهر من أن قدر
 ما أثبتته اليد لا يشبه بينة ذى اليد إذا دلل مطلق الملك بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه
 وكذا على الاعتاق واختبه وعلى الولاء الثابت بها *

كالمدعى عليه وكذا إذا أقام المدعى شاهداً واحداً وعجز عن إقامة شاهد آخر فإنه
 يراد اليمين عليه فإن حلف قضى له بما ادعى وإن نكل لم يقض له بشيء *

قوله ولا تقبل بينة ذى اليد في الملك المطلق احترازاً عن الملك المقيد بدعوى
 النتاج وغيره **قوله** نصار كالنتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد أن هذه الدابة
 نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولا أحدهما يد فانه يقضى لصاحب اليد وكذلك إذا تنازعا
 في نكاح امرأة وأقاما البينة وهي في يد أحدهما نصاحب اليد أولى ودعوى الملك مع
 الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده اعتقه وأقام ذو اليد البينة
 أنه اعتقه وهو يملكه فبينه ذى اليد أولى من بينة الخارج لأن المقصود هناك اثبات الولاء
 على العبد والولاء كالنسب وإنما أثبتته كل واحد منهما على العبد فلما استوت البينتان ترجح
 جانب ذى اليد بيده وكذا لو ادعى كل واحد منهما أنها أمته وبرها أو استولد هو ولداً أن بينة
 الخارج أكثر أثباتاً أي في علم القاضي البينات شرعت للاثبات لأنها وإن كانت في التحقيق
 مبينة مظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والأحكام عندنا تثبت بأسبابها أخذت البينة حكم
 الاثبات كالعلل الشرعية فإنها أمارات في حق الشرع وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا
 وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لأن الحكم يحال إلى شهادتهم إيجاباً
قوله أو أظهاراً أي في الواقع فإن الخارج بينته تظهر ما كان ثابتاً في الواقع وبينه الخارج
 أكثر أثباتاً لأنه ببينه يستحق على ذى اليد الملك الثابت له بظاهريته وذو اليد لا يستحق (عليه)

(كتاب الدعوى باب اليمين)

قال وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والنزيمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رح لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعى فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة فاشتبه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعى دليل الظهور فيصار اليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً ومقراً اذ لو لا ذلك لا قدم على اليمين اقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه **قال** وينبغي للقاضي أن يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثاً فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء

على الخارج بينته شيئاً لانه لا ملك للخارج بوجه فلا يكون بينته مثبتة للملك انما هو وكذا للملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات اصل الملك وبينه الخارج تثبت اصل الملك فصح قولنا انها اكثر اثباتاً بخلاف النتائج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق والتدبير والاستيلاء وعلى الولاء الثابت فاستوت البيتان في الاثبات فترجح بينة ذي اليد ايده * **قوله** ويمين المدعى دليل الظهور ان دليل ظهور كون المدعى محققاً في دعواه كما كانت يمين المدعى عليه **قوله** ولنا ان النكول دل على كونه باذلاً اي على قول ايحنيقة رح او مقراً اي على قولهما اذ لو لا ذلك لا قدم على اليمين اقامة للواجب لانه عليه السلام قال واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب **قوله** فيترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلاً ومقراً على جانب التورع لان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة ولذلك يترجح هذا الجانب في نكوله ولانه لا يتمكن من الترفع عن اليمين الصادقة الا ببذل المال لانه انما يرتفع ملتزماً للضرر ولا ملحقاً للضرر بالغير يمنع الحق كذا في المبسوط **قوله** ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمنا اشارة الى قوله ولا يرد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى الى آخره **قوله** لعلامه بالحكم اي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفاء لان القضاء بالنكول مجتهد فيه فان عند الشافعي رح لا يحكم بالنكول بل يرد اليمين الى المدعى * (قوله)

قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف رح لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابداء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكما بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح **قال** وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والقي في الابلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رح يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان فصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد مولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه

قوله فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول والتقدير بالثلاث في عرض اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاء في الصحيح ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم ان كان الاستحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير القاضي غير قاطعة وان كان الاستحلاف الاول من القاضي لا يخلفه ثانيا وكذا الواصطلحا على ان المدعي لو حلف فالمدعي عليه ضامن للمال وحلف فالصالح باطل ولا شيء على المدعي عليه **قوله** ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة الى آخره وصورة ذلك بان ادعى رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت المرأة ذلك او ادعت المرأة النكاح وانكر الرجل او ادعى الرجل بعد الطلاق وانتضاء العدة انه كان راجعها في العدة وانكرت المرأة او ادعت المرأة ذلك وانكر الزوج او ادعى الزوج بعد انتضاء (مدة)

(كتاب الدعوى باب اليمين)

فكان اقرارا او بذلا عنه والاعتراف يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تدرى بالشبهات واللعان في معنى الحد ولا يبي حنيفة رحمه الله تعالى انه بذل

مدة الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وانكرت المرأة او ادعت المرأة ذلك وانكر الزوج او ادعى مجهول النسب انه عبدة او ادعى ذلك على المجهول او اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة او ولاء المولاة او ادعى على رجل ان المدعى عليه ولده او والدة او ادعت الامة على مولاهما انها ولدت منه هذا الولد ارادت انها ولدت منه ولدا وقد مات الولد وانها ام الولد له عند ابي حنيفة رحمه الله لا يستحلف المكفر في هذه المسائل السبع وعندهما يستحلف واذا نكل يتقضى بالنكول وفي الاستيلاء لا يتصور الطرف الاخر لان المولى اذا اقر به يصح اقراره ولا حاجة الى الاستحلاف وفي اللعان لا يستحلف في قولهم وصورته اذا ادعت المرأة على زوجها انه قد فها قد فها موجب اللعان وانكر الزوج لا يستحلف لان موجب قذف الزوج زوجته معتبر كموجب قذف الاجنبي وفيه لا يقضى بالنكول هذا مثله لان كل واحد منهما يدرى بالشبهات حتى لا يثبت بالابدال من التحجج ككتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين ولا يعمل فيه البذل والاباحة *

قوله فكان اقرارا او بذلا عنه اي خلفنا عن الاعتراف جاز ان يكون هذا التردد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليها في القول بالاعتراف والنكول ليس باقرار في نفسه ولكن يجعل مقام الاعتراف لوجوب قطع الخصومة بالاعتراف او باليمين وانما يلزم القطع بقدر الحاجة فيقوم النكول مقام الاعتراف بقدر الحاجة على الخصوص الا ترى انه لا يصح الا في مجلس القضاء لانه يثبت بحسب حاجة القاضي اليه واما الاعتراف فحجة لا لوجوب قطع الخصومة عليه حتى لو اقر في غير مجلس القضاء او قبل الدعوى صح واذا كان كذلك يجعل النكول في ما وراء الوجوب كانه نكل في غير مجلس القضاء باستحلاف الخصم نفسه ويدل على ما قلنا ما ذكر في الجامع رجل اشترى نصف عبد (ثم)

لان معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف

ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل من اليمين ورد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف عليه ولو جعل النكول اقرارا من كل وجه للزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك فان قبل الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل فانه يلزم الموكل ولو جعل اقرارا للزم الوكيل قلنا انه وان كان كالاقرار فهو امر يلزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل ادخله فيه فعليه ان يخرج منه كما لو استحق المبيع منه بعد الهلاك فان الوكيل يضمن ويرجع به على الموكل فاما اذا اقر فهو شيء يلزمه باختياره الاقرار فانه كان يتنصص من الدعوى بالسكوت والنكول كما اذا ثبت الاستحقاق باقراره يلزمه الضمان ولا يرجع به فان قيل بشكل على ما قلنا مسئلة ذكرها في المبسوط وهي ان الرجل اذا قال كفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل فتتضي القاضي بنكوله لا يقتضي بالمال على الكفيل ولو كان النكول اقرارا للقضى به قلنا انهما يقولان ان النكول يدل عن الاقرار وليس باقرار ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول بخلاف الاقرار ولا يخففه رح انه بذل وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها وغير مفسر بالهبة والتملك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقتضى فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا تصح *

قوله لان معه لا يبقى اليمين واجبة اي مع البذل لحصول المقصود اي حصول ما ادعاه المدعى **قوله** وانزاله باذلا اولى جواب لما يقال ان اليمين كما لا تبقى مع البذل لا تبقى مع الاقرار فلم جعل ابو حنيفة رح البذل اولى ولم يجعله اقرارا كما جعلناه نقال انزاله باذلا اولى لاننا لو حملناه على الاقرار لكدبناه في الانكار ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة (بلا)

(كتاب الدعوى باب اليمين)

الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة السيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حق نفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين * **قال** يستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيء ان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان *

قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح

بلا تكذيب فكان هذا اولي صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب والبذل لا يجري في هذه الاشياء فان المرأة لو قالت لا نكاح بيني وبينك ولكن بذلت لك نفسي لا يعمل بذلها وكذا لو قال لست بابن فلان ولا عولمي له بل انا حر الاصل ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فابحث له ان يدعيه وكذا لو قال انا حر الاصل ولكن ابذل له نفسي ليسترقني لا يعمل بذلدا صلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكني ابيعه وابذله له لا تخالص من خصومته صح بذله فاتحاص ان كل محل يقبل الا باحدا الاذن ابتداء يقضي عليه بنكوله وما لا فلا *

قوله الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب لما كان النكول بذلا عنده كان ينبغي ان لا يعتبر النكول من المكاتب والمأذون لانهما لا يملكان البذل وانما اعتبر النكول منهما لانه بذل لتطع الخصومة فلا يجد ان بدا منه فيملكه كالضيافة السيرة **قوله** وصحته في الدين بناء على زعم المدعي جواب لان يقال لو كان النكول بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء لا يجريان في الاوصاف والدين وصف في الذمة فاجاب ان البذل ههنا ترك المنع كان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وامر المال هين بخلاف النكاح ونحوه فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر قلنا خص منه الحدود واللعان (فجاز)

وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما **قال** ومن ادعى قصاصا على غيره فمجده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالوا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال

فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس قال القاضي فخر الدين رحمه الله في الجامع الصغير والفتوى على قولهما وقيل ينبغي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه يأخذ بتولهما وان رآه مظلوما لا يحل له اخذ ابقوله كما في الوكيل بالخصومة فان قيل وجوب الحكم على القاضي بالنكول دليل على انه اقرار لا بذل لان البذل يبيح الاخذ للمدعى ولكن لا يلزم القاضي ان يقضي بدكاصلح على الانكار قلنا ان كان البذل صريحا فهو بذل من العبد فلا يلزم القاضي واما اذا كان نكولا فهو بذل بحكم الشرع لما ان المدعى يستحق ما ادعاه بنفس الدعوى لولا تنازعه المنكر بيده او بذمته والمدعى عليه ابطله بالمزعة والشرع ابطله الى اليمين ثم لما منع المنكر اليمين عاد الامرائى الاصل بحكم الشرع فيلزم القاضي قطع مزاعته والتمكين منه بالقضاء بالاصل لانه لا يمكنه استيفاء منه جبرا فانتقل بحكم الشرع الى الاصل *

قوله وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث اذا قال المدعى انه اخو المدعى عليه لايه وان اباهما مات وترك مالا في يد المدعى عليه والحجر في اللقيط اذا قال المدعى هذا الصبي الذي التقطته اخي ولي ولاية الحجر عليه وانكر ذواليد والنفقة اذا قال المدعى وهو زمن انه اخو المدعى عليه فافرض لي عليه النفقة وانكر المدعى عليه ان يكون هذا المدعى اخاه وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب (له)

(كتاب الدموي باب اليمين)

خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد ولا يبي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بهامسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف النفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد لا كلمة وقطع السن للموجع فاذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في التسمية * واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرى الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي

له انا اخوك فانه يستحلف المدعي عليه على ما يدعي من النصب بالاجماع ولكن ان نكل ثبت ما ادعى من المال او الحق لا النسب *

قوله خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه الاصل امتناع القصاص اذا كان لمعنى من جهة من عليه القصاص يجب المال واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص لا يجب على المدعي عليه شيء لا التصاص ولا المال كما اذا اقام مدعي ادعى القصاص على ما ادعى رجلا وامرأتين او الشهادة على الشهادة وكما اذا ادعى الولي الخطاء والقتل العمد واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عا به يجب الدال كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد **قوله** ولا يبيح حنيفة رح ان الاطراف يسلك بهامسلك الاموال فيجري فيه البذل فان قيل لمقطع الطرف وكان عندا يبيح حنيفة رح ان الاطراف يسلك بهامسلك الاموال كان ينبغي ان يجري الاستحلاف في قطع السرقة ايضا ويثبت القطع عند النكول كما في النكول في قصاص الاطراف فلما قطع في السرقة خالص حق الله تعالى جزاء فلا يثبت مع الشبهة اما القصاص في الطرف فحق العبد الذي يسلك بهامسلك الاموال فقول بل مقابلة الاموال في ثبوته مع الشبهة *

قوله واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك وله ان يطلب وكيفا حتى لو غاب الاصيل بقيم البينة على الوكيل فيتضي عليه وان اعطاه وكيفا له ان يطالبه (با)

وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحالى بينه وبين اشغاله فصيح التكفيل باحضاره *

قال والتقدير بثلاثة ايام مروني عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والتحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصـرح حتى لو قال المدعى لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة فان فعل والا امر بلا زمة كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فلا يستثناء منصرف اليهما لان في اخذ التكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرار ابد بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر انشاء الله تعالى *

بالكفيل بنفس الوكيل فاذا اعطاه كفيل بنفس الوكيل له ان يطالبه بكفيل بنفس الاصيل اذا كان المدعى دينان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل فلو اخذ كفيل بالمال له ان يطلب كفيل بنفس الاصيل لان الاستيفاء من الاصيل قد يكون ايسر وان كان المدعى منفولا له ان يطالبه مع ذلك بكفيل بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه وصح ان يكون الواحد كفيل بالنفس وكيفا بالخصوص لان الواحد يقوم بهما *

قوله وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لانه ان لم يكن من قصد الاختفاء لا يتضرر وان كان من قصد الاختفاء كان ظالما فلا ينظر له فيكفل احتياطا **قوله** وهو الصحيح وعن ابي يوسف رح مقدر بمجلس القاضي ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والتحقير من المال والخطير وعن محمد رحمه الله انه ان كان معروفا والظاهر انه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء التكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى المرأ نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء التكفيل **قوله** فلا يستثناء منصرف اليهما في اخذ التكفيل والملازمة والله اعلم * (فصل)

(كتاب الدعوى فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

* فصل في كيفية اليمين والاستحلاف *

واليمين بالله دون غيره لقوله ع م من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذروا قال ع م من حلف بغير الله فقد اشرك وقد يؤكّد بذكر أوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما أعلن هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي أدمه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وإن يزيد في التغليظ على هذا وله أن ينقص منه إلا أنه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار أن شاء غلط وإن شاء لم يغلط فيقول قل بالله أو والله وقبل لا يغلط على المعروف بالصالح ويغلط على غيره وقبل يغلط في الخطير من المال دون الحقير **قال** ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق لما رونا وقبل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلّة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى ع م والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى ع م لقوله عليه السلام

* فصل في كيفية اليمين والاستحلاف *

قوله إلا أنه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين والاحتياط أن يذكر بغيره أو فلو ذكر والله والرحمن والرحيم بالوأوات صارت ثلثة إيمان والمستحق يمين واحدة **قوله** وقبل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلّة المبالاة باليمين بالله وفي الفصول أن القاضي إذا حلف المدعى عليه بالطلاق فنكل لا يتضي عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعا وفي الخلاصة ولو حلفه القاضي بالطلاق فنكل فقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه وذكر الامام قاضي خان رحمه الله في فناواه وإن أراد المدعي تحليفه بالطلاق والعناق ففي ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي إلى ذلك لأن التحليف بالطلاق والعناق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية (قوله)

لابن صوريا الا هو انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى ءم ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد بنبوته موسى ءم والنصراني بنبوته عيسى ءم فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه * ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد ر ح في الاصل ويروى عن ابي حنيفة ر ح انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاص ر ح انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشائخنا لان في ذكرنا مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمته * والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسره يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله * ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك * ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المتصور تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضوره وهو مدفوع **قال** من ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجدد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فبذلك ولا يستحلف بالله ما بيعت لانه قد يباع العبد ثم يقال فبذلك * ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح يندجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب ينضر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد ر ح اما علي ر ح قول ابي يوسف ر ح يحلف في جميع ذلك على السبب **قوله** لابن صوريا ذكر في المغرب ابن صوريا بالقصر اسم اعجمي **قوله** بل هو ممنوع عن ذلك لما في ذلك تعظيم تلك البيوت ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان وقال الشافعي ر ح ان كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا يختص بالمكان فبين الركن والمقام ان كان يمكنه وعند منبر النبي عليه السلام في المدينة والمسجد الجامع في غيرهما والمسجدان لم يكن ثمه جامع وبالنزاع بعد العصر يوم الجمعة (قوله)

(كتاب الدعوى فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالْحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراد ارادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتدة فينوت النظر في حق المدعى وان كان سببا لا يرتفع برافع والتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يكره الرق عليها بالردة المحاق عليه بنقض العهد المحاق ولا يكره على العبد المسلم **قال** ومن ورث عبدا واراده آخر يستحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذا اشترى سبب ثبوت الملك وضعوا وكذا الهبة **قال** ومن ادعى على الآخر ما لا فائدة من يمينه او ما احدها منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو ما ثور عن عثمان رضي وليس لمان يستحلفه على تلك اليمين ابدالاً لانه سقط حقه والله اعلم *

قوله الا اذا عرض بما ذكرنا اي عرض المدعى عليه والتعريض ان يقول للقاضي حين اراد ان يستحلفه على السبب وقال له قل والله ما بعث ايها القاضي البيع قد يقبل وكذا في اخواته بان يقول الغصب قد يفسخ بالهبة او البيع والنكاح قد يطرأ عليه الخلع والنكاح قد يجدد بعد الابانة **قوله** ان الشراء سبب لثبوت الملك وضعوا وكذا الهبة يترد به ان الشراء سبب يثبت باختيار المشتري ومباشرة ولو لم يعلم المشتري بان ذلك العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء باختياره وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبراً من غير اختياره **قوله** ولا علم له بما صنع المورث وذكر فخر الاسلام رحمه في الجامع الصغير المشتري والموهوب له مال كسبب شرعي وضع له وهذا يفيد علمه بانه ملكه لا ملك غيره فصح تحليفه بالبتات فان ابى فقد امتنع (عما)

* باب التحالف *

وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمنًا ودعى البائع أكثر منه واعترف البائع
بقدر من المبيع ودعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البيئته قضى له بها لأن في الجانب الآخر
مجرد الدعوى والبيئته أقوى منها * وإن أقام كل واحد منهما بيئته كانت البيئته المتبينة للزيادة
أولى لأن البيئات للآثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً
فبيئته البائع أولى في الثمن وبيئته المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الآثبات وإن لم يكن
لكل واحد منهما بيئته قيل للمشتري أما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والافسحاً
البيع وقيل للبائع وأما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والافسحاً البيع لأن المقصود قطع
المنازعة وهذا جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذلعلما بدعوى ضيان * فإن لم يتراضيا استخلف
الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لأن
البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع
ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعى
شيئاً لأن المبيع سأل له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه
لكناعرفته بالنص وهو قوله عم إذا اختلف المتبايعان والسلعة فائدة بعينها لهما فلا تتراد أو يتدعى
يمين المشتري وهذا قول محمد وأبي يوسف ر ح آخر وهو رواية عن أبي حنيفة ر ح وهو الصحيح
لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن أولاً لأنه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن

عما هو مطلق له فصار باذلاً فاما الوارث فلا علم له بما صنع المورث فطوبى بعلم أن كان له وإذا
لم يفعل مع الامكان صار باذلاً وذكر الامام اللامشي ر ح أن في كل موضع وجبت اليمين
على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً وإذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر
ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات يسقط عنه الحلف على العلم
ولو نكل عنه يقضى عليه لأن الحلف على البتات أقوى والله أعلم بالصواب * (باب)

ولو بدئ يمين البائع تناخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان
 ابو يوسف رح يقول اولاً يبدأ يمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
 فالتول ما قاله البائع خصه بالذكر و اقل فائدة التقديم * وان كان بيع عين بعين
 او ثمن بثمان بدأ القاضي يمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع
 بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالغين وقال في الزيادات يحلف بالله
 ما باعه بالف ولقد باعه بالغين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالغين ولقد اشتراه بالف
 يضم الاثبات الى النفي تأكيداً والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك
 وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً *

* باب التحالف *

قوله ولو بدأ يمين البائع تناخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لانه
 يقال له امسك المبيع الى ان تستوفي الثمن فكان تقديم ما يتعجل فائدة اولى
قوله و اقل فائدة التقديم ان النبي عليه السلام جعل القول قول البائع وهذا يقتضى
 الاكتفاء بيمينه فان كان لا يكتفى بيمينه فلا قل من ان يبدأ بيمينه **قوله** يضم الاثبات
 الى النفي تأكيداً لانه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بالغين ربما يحلف ويكون
 باراً في يمينه فلعله اشتراه بالف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة وكذا البائع لو حلف
 بالله ما باعه بالف ربما يحلف لجواز ان باعه بالف و درهم ويكون صادقاً في يمينه انه
 لم يبع بالف درهم فيبطل حق المدعي والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت
 للنفي دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً ولا عبرة بذلك الوهم لان البائع
 لو كان باعه بالف وتسعمائة لا يدعى البيع بالغين لانه يعلم ان المشتري متى حلف على دعواه
 لا يبالى بالحلف لانه لا يبحث في يمينه وكذا المشتري لو كان اشتراه بالف و درهم لا يدعى
 الشراء بالف لانه يعلم ان البائع لا يبالى بالحلف على الف لانه لا يبحث في يمينه (قوله) .

قال فان حلغا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا يفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البذل يبقى بيعا بلا بذل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد * وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بشبوته **قال** وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استثناء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعتود به فاشبه الاختلاف في الخط والابراء وهذا لان باعدهما لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يشتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض **قال** فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والقول قول المشتري وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه

قوله فان حلغا فسخ القاضي البيع بينهما اي ان طلباه او طلب احدهما وقيل يفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول لانهما لما حلغا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيعا بثن مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة **قوله** لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعتود به والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما في ما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فكانه قال اذا اختلف المتبايعان في المبيع او الثمن وقال زفر والشافعي رحمهما الله يتحالفان اذا اختلفا في الاجل لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان الموجل انقص من الحال فكان ذلك اختلافا في وصف الثمن فلنا الاجل ليس بوصف للثمن (الا

(كتاب الدعوى باب التحالف)

او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولا يحنيفه واييوسف رح ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه ينضي الى النسخ ولا كذا في ذلك بعد هلاكها لارتناع العقد فلم يكن في معناه

الاترى ان الثمن موجود بعد مضيه يعني الثمن موجود بعد مضى الاجا ^{سند البائع} من غير تفاوت ولو كان الاجل وصفا للثمن لتغير حق البائع بفوات رصده تعقبه ان الثمن حق البائع والاجل حق المشتري ولو كان الاجل رصدا للثمن لكان تابعا لصله في الاستحقاق *

قوله او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب وبان زاد زيادة متصلة او منفصلة **قوله** وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعني دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا الاترى انهما لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة يتحالفان بان ادعى احدهما الدراهم والاخر الدينير ويلزم المشتري رد القيمة **قوله** قد ورد الشرع به في حال قيام السلعة وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط ولا يلزم اطلاق قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فانقول ما يقوله البائع ويتراد ان لان الامر بالترادد دليل قيام السلعة ان هو تفاعل من الرد فيستدعي الرد من الجانبين ولا ذلك الا بقيام السلعة وليس المراد به ترادا العقد لانه لا يتصور ذلك مع ان المطلق والمقيد اذا وردا في حادثة واحدة في حكم واحد فالمطلق محمول على المقيد **قوله** فلم يكن في معناه لان عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه ينفسخ العقد ويعود كل واحد منهما الى رأس ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل النسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف ان النسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد (قوله)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

ولانه لا يبالى بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن ديناً فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل **قال** وان هلك احد العبدین ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك

قوله ولانه لا يبالى بالاختلاف في السبب جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يده فيه صاحبه اي لا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو او البائع وصار بمنزلة اختلافهما في الف والفين بلا سبب فتكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف مالواختلاف في جنس الثمن لان البائع يدعي عليه الدينانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشراء بالدرهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لانه لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتقاعا على ثمن وهنا اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة فان قيل لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار اختلاف السبب كان ينبغي ان لا يتحالفا عند قيام السلعة لان المقصود وهو ملك المعقود عليه حاصل للمشتري حتى لو كان جارية حل للمشتري وطئها قلنا نعم كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس فقلنا به **قوله** انما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد هذا ايضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته بل من موجبات نكول البائع وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته **قوله** فان كان عينا يتحالفان يعني اذا اختلفا في قدرة وبتراوان على البدل القائم وان اختلفا في كون البدل ديناً او عينا ان ادعى المشتري انه كان عينا يتحالفان عندهما وان كان البائع ادعى انه كان عينا وادعى المشتري انه كان ديناً لا يتحالفان والقول قول المشتري **قوله** وان هلك احد العبدین ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله به (١)

(كتاب الدهوى باب التحالف)

وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند البيحينة ر ح الا ان يشاء البائع ان يأخذ العبد الحي ولاهي له وقال ابو يوسف ر ح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد ر ح يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولا يبيوسف ر ح ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولا يبيحينة ر ح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولا انه لا يمكن التحالف في القائم الاعلى اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهي تعرف بالخزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا يخرج بعض المشائخ ر ح ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولاشي له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشائخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقربه المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد ر ح ما بيناه في القائم واذ احلفوا لم يتنقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما وبأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابيوسف ر ح

اذا هلك احد هما بعد القبض وفي الجامع الصغير التمر تاشيء فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفاني موتهما وموت احد هما وفي الزيادة لوجود الانكار من الجانبين *

قوله وفي الجامع الصغير القول قول المشتري اي فيهما مع يمينه وانما اعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظ الجامع الصغير يقتضي ان يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك لم يتحالفوا **قوله** ان يرضى البائع (١)

والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشترىتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بيعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك

ان يترك حصة الهالك اصلا اي لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا ويجعل الهالك كان لم يكن وكان العقد لم يكن الاعلى القائم فيتحالفان هذا تخريج بعض المشائخ وينصرف الاستثناء عندهم الى التحالف وقالوا اي قال هؤلاء ان المراد بقوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له اي لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشائخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقرب به المشتري ولا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف وقال الامام الكسالي رحمه الله يأخذ البائع في حصة الهالك من المشتري ما يقربه المشتري فحينئذ لا يحلف لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى الزيادة واخذ الحي ورضي به المشتري فلا حاجة الى استحلاف المشتري وقال مشائخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشتري معناه ان البائع يأخذ الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة فيجعل صلحهما على هذا كصلحهما على عبد آخر وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عندابي حنيفة رضي الله عنه ويكون القول قول المشتري مع اليمين الا ان يأخذ البائع الحي صلحا ولا يأخذ شيئا آخر فحينئذ لا يحلف المشتري *

قوله والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشترىتهما بما يدعيه البائع قال بعضهم يقسم الثمن على قيمة العبدین فما يخص الحي الف مثلا على زعم البائع وخمس مائة على زعم المشتري يحلف المشتري بالله ما اشترىته بالف ويحلف البائع بالله ما بيعته بخمسمائة كما يدعيه المشتري واذا حلفا يفسخ العقد في الحي ثم يحلف المشتري على حصة الهالك فان نكل لزمه ما ادعاه البائع وان حلف لزمه ما اقربه دون الزيادة والصحيح انهما يتحالفان (على)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام البيعة تقبل بيئته وان اقاماها فبيعة البائع الاولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبد بن وقبضهما ثم ردا احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويستقط منه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدمي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر

على جملة الثمن لان من اشترى شيئين بالفى درهم يصدق في يمينه انه ما اشترى احدهما بالف وكذا البائع على هذا فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين وهو النكول * **قوله** ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وذكر في النهاية فان قيل لماذا يعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد في حق انقسام الثمن وعلى قياس مسائل الزيادات كان ينبغي ان يعتبر قيمتهما يوم العقد كما قال محمد رحمه الله يعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدین ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال هائل اورده على كل نحري فلم يهند احد الى جوابه ثم قال والذي يحائل لي بعد طول التجشم ان في ما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمة يوم العقد فيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعد اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رح حتى قال بضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب (١)

(كتاب الديموي باب التحالف)

وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقلين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة (فلهذا كان القول قوله) وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدعي ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا ويترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف ر **قال** ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايل اثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص

اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض في بعض الفوائد ثم في الكتاب اعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض لانه بيع بلا ثمن او ثمن مجهول والبيع الفاسد كالغصب من حيث ان كل واحد منهما مضمون بالقيمة *

قوله وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباته الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان يقبل بينته لاثبات الزيادة قلنا الذي وقع الاختلاف فيه تصدأ قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ما وقع فيه الاختلاف قصدا فكانت احق بالاعتبار والفقه فيه ان في البينات يعتبر الظاهر لان الشهود لا يقفون إلا على الظاهر فاعتبر ذلك في حقهم والبائع يدعي ظاهرا فلهذا يقبل بينته ثم صارت بينته اولى لان بينته تثبت زيادة في ذمة المشتري وفي الايمان يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقلين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر على الحقيقة والبائع منكر حقيقة فكان القول قوله مع يمينه **قوله** وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رحمه الله اي هذا هو الفقه في ان جعل ابو يوسف ر **قال** البائع في قيمة الهالك والبينة بينته ايضا فيما اذا اختلفا في قيمة الهالك بعد التحالف عنده *

(قوله)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافق على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري * **قال** ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عندنا بحنفية وابيوسف رح خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا **قال** ومن اسلم عشرة دراهم في كرحضة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقص

قوله لانه ورد في البيع المطلق اي في البيع من كل وجه والاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق التحالف فلا يكون النص الوارد في البيع المطلق واردا فيه وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض اي قبل قبض البائع المبيع بعد الاقالة **قوله** ولهذا نقيس الاجارة ايضا لقوله وانما اثبتناه بالقياس يعني اذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة والقيمة على العين فيما اذا استهلك المشتري استهلك على البناء للمفعول وههنا عبارة اخرى وهي فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري فيل هكذا كانت على حاشية نسخة فوبلت بنسخة المصنف رح وفي المبسوط اذا قتل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه **قوله** لانه يرى النص معلولا بعد القبض اي قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترا دأ معلول لوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لان كل واحد منهما يدعي عقدا ينكره صاحبه لان البيع بالف غير البيع بالعين فلذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لوجود الانكار منهما جميعا وهذا المعنى لا يتفاوت بين ان يكون المبيع في يد البائع ثم وقع الاختلاف او في يد المشتري ثم وقع الاختلاف ولما كان النص عنده معلولا تعدى حكمه من البيع الى الاقالة وان كان بعد قبض البائع المبيع بعد الاقالة (قوله)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الاترى ان رأس مال السلم لو كان عرضا فردة بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما *

قال اذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نورد عوايه بالحجة فان اقام البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة

قوله لانه اسقاط فلا يعود السلم لان المعقود عليه في السلم قد سقط بالاقالة والتحالف شرع للفسخ وفسخ الاقالة في السلم لا يتصور لا استحالة عود المعقود عليه الى ذمة المسلم اليه ولو انفسخ الاقالة كان حكمها عود المسلم فيه بعد السقوط والساقط لا يعود ولو تصور لا يعود برأس المال لانه دين فاما المعقود عليه بعد الاقالة في البيع باق لانه عين فيكون التحالف مفيدا لحكمه وهو الفسخ الاترى ان رأس المال لو كان عرضا بان اسلم ثوبا في كرحنطة وردة بالعيب بعد قبضه والمراد من الرد هنا اختيار الرد ورد البيع بالتراضي أو حكم القاضي يعني اختار الرد الى رب السلم وهلك الثوب قبل التسليم لم يعد السلم لما ان المعقود عليه قد سقط وبمثله لو اشترى عرضا وردة بالعيب ولم يسلم الى البائع حتى هلك في يده عاد البيع وفي الفوائد فرق بينهما بوجه آخر وهو ان الاقالة في باب السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه لانه لا يمكن ان يعتبر بيعا جديدا لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه كما في بيع العين اذا تقايلا قبل قبض المبيع والتمن مد فوع الى البائع ثم اختلفا في مقدار الثمن لا يتحالفان ويكون القول قول البائع مع يمينه لان الاقالة في هذه الحالة فسخ من كل وجه والتحالف صرفت شرعيته في العقود دون الفسوخ والاقالة في بيع العين بعد القبض اعتبرت فسحا فيما بين المتعاقدين واعتبرت بيعا جديدا في حق التحالف وكذا في باب السلم لو حصلت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وهو قائم امكن اعتبارها بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين فيتحالفان ايضا فان قيل الاقالة بعد قبض المبيع في بيع العين انما اعتبرت بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين فاما في حقهما وما كان من حقهما اعتبرت فسحا (الا)

معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته * وان لم تكن لهما بينة لحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضى لهما بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولاً ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا تقدم في الوجوه كلها ويبدأ يمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح

الا ترى ان هذا القبض لما كان من حقهما اعتبر الاقالة في حق القبض فسخا فيما بينهما حتى ان البائع لو باع المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جاز ولو باع من غيره لم يجز والتحالف حقهما بدليل انهما لو تركا ترك واذا كان فسخا في حق التحالف وجب ان لا يتحالفا لما ذكرنا ان التحالف عرفت شرعيته في العقود لا في الفسوخ الا ترى ان الفسخ لو حصل بخيار الرؤية او بخيار الشرط او بالرد بالعيب بالقضاء بعد القبض والتمن منقود ثم اختلفا في مقداره لم يتحالفا قبل له الاقالة بعد القبض فسخ فيما بينهما فيما كان من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه كما قلنا في القبض فانه من حقوق البيع لانه وجب بالبيع لا تمامه والتحالف وان كان حقهما فليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه فيعتبر بيعا جديا في حقه كما في حق الثالث ولا تعتبر فسخا كما في الاجل فان من له على آخر دين مؤجل فاشترى به عبدا ثم تقابلا العقد لا يعود الاجل لانه ليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه بخلاف ما اذا كان الرد بخيار الشرط والرؤية لانه تعذرا عبارة بيعا في حق الثالث لانتفاء الرضاء وكذا اذا كان الرد بالعيب بقضاء *

قوله معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته اما اذا كان مهر مثلها ما ادعته او اكثر مما ادعته فبينه الزوج اولى لان بينه الزوج تثبت الحط وبينه المرأة لا تثبت شيئا لان ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل **قوله** ولكن يحكم مهر المثل استدراك عن قوله ولا يفسخ النكاح **قوله** ولهذا تقدم (ان)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

تعجلاً لفائدة النكول كما في المشتري وتخرىج الرازي رح بخلافه وقد استقصينا في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فلا نعيدة ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة * وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه بحالفا وترادا

ان التحالف في الوجوه كلها اي فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المرأة واكثر منه او كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة ففي هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف عند ابي الحسن الكرخي رح لانهما اتفقا على اصل التسمية فكانت التسمية صحيحة في اصلها والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلف تعذر العمل بالتسمية فصارت التسمية كان لم تكن فيحكم مهر المثل وهذا قول ابي الحسن الكرخي رح *

قوله تعجلاً لفائدة النكول لان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمين عليه **قوله** وتخرىج الرازي بخلافه فانه لا يقول بالتحالف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهداً لاحد هما بان يكون اكثر مما اقر به الزوج واقل مما ادعته المرأة وما اذا كان مهر المثل مثل ما يقول الزوج او اقل فالقول قوله مع يمينه وان كان مثل ما تقوله المرأة او اكثر فالقول قولها مع يمينها وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه فان قيل يشكل على هذا المتبايعان فانهما اذا اختلفا في الثمن وقيمة المبيع مثل ما يدعيه احدهما لا يعتبر قوله وان كان الظاهر شاهداً له قلنا القضاء هناك بما يدعيه احدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه احدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها هنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما **قوله** وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فعنده القول قول الزوج في جميع ذلك قبل الطلاق وبعده ولا يحكم مهر المثل لان المرأة تدعي الزيادة والزواج ينكر (فكان)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

معناه اختلاف في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر
والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلاهما قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف
في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة * وان وقع في المنفعة يبدأ
بيمين المودع فايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البيينة قبلت ولو اقاما هاهنا البيينة المودع
لولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فيبينة المستأجر لولى وان كان فيهما
قبلت بيينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر
شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة **قال** وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول
قول المستأجر وهذا عند البيخينة وابي يوسف راح ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف
عندهما وكذا على اصل محمد راح لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم
مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تقوم بنفسها بل
بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع بيئته لانه هو المستحق عليه وان اختلفا
بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي فكان القول في الماضي قول
المستأجر لان العقد ينقذ ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها
بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل *

فكان القول قول المسكر كما في سائر الدعاوى وانما عرفنا التحالف منهما في البيع وفي مبادلة المال
بالمال نصا بخلاف القياس فلا يتعدى الى غيرة فكان القول قول الزوج مع بيئته الا ان يأتي
بشيء قليل يسير مستنكر جدا وفي تفسير ذلك روايتان عن ابي يوسف على ما مر في النكاح *

قوله معناه اختلاف في البدل اي في الاجرة او في المبدل اي في المعقود عليه وهو المنافع
بان ادعى المودع اجرة شهرا وادعى المستأجر ان استأجره شهرين **قوله** على ما مر
اشارة الى ما قال في اول هذا الباب لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر الى آخره
قوله وتبين انه لا عقد فمحظوران انه لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا (١)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

قال وإذا اختلفا المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عندا يحنيفة رة وقال يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل التفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا لانه ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولا يبي حنيفة رح ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء قبله لامقابله فبقي اختلاف في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان * واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له * وما يصلح للنساء كالوقاية فهو للمرأة لشهادة الظاهر لهما وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وانه انفع للاجير ولانه لو تحالفا ههنا انتفى العقد بالتحالف فلا يمكن ايجاب شيء للاجير *

قوله وهو سالم للعبد اي البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد لا تفارق المولى والمكاتب على ثبوت الكتابة فلا يدعي على المولى شيئا فلا يكون المولى منكر وانما ينقلب البدل مقابلا بالعتق عند الاداء قبله لا يكون مقابلا فلا يتحالفان لانه لا يكون بلا انكار فكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقة الدار في ابتداء العقد في الاجارة اصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة فكذا في الكتابة جعلنا الفك في حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق اصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق وان اقاما البينة فالبينة بينة المولى لانه يثبت الزيادة بينته الا انه اذا ادعى مقدار ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا المقدار فوجب قبول بينته على ذلك بمنزلة مالوكاتبه على الف درهم على انه متى ادعى خمسمائة عتق وهذا لانه لا يبعد ان يكون عليه بدل الكتابة بعد عتقه كما لو ادعى بدل الكتابة بمال مستحق يعتق وبذل الكتابة عليه بحاله **قوله** فما يصلح للرجال كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان (و)

(كتاب الدعوى باب النكاح)

لانه يعارضه ظاهراً أقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعدما وقعت الفقرة * فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهرة يعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجل فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل اولورثته لما قلنا لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث *

والسلاح والمنطقة والكتب فهو للرجل اي القول فيها قول الزوج مع اليمين الا اذا كانت المرأة يبيع ثياب الرجال وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحلي فهو للمرأة اي القول قولها فيها بشهادة الظاهر الا اذا كان الرجل صانعاً او يبيع ثياب النساء وما يصلح لهما كالغرش والامتعة والاواني والرفيق والمنزل والعتار والمواشي والنقود فالقول للزوج فيه ايضا لان المرأة وما في يدها في يد الزوج فكان الاموال كلها في يد الزوج *

قوله لانه يعارضه ظاهراً أقوى منه وهو يد الاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسها والاخر متعلق بكلمة فان اللابس اولى **قوله** وقال ابو يوسف رحمه الله يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها اي من المشكل **قوله** ثم في الباقي اي فيما يصلح للرجل وفيما وراء ما يجهز به مثلها لا معارض لظاهر الزوج فيعتبر لقوة يده على يدها لانه قوام عليها والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح حمه الله ما كان للرجل فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل اولورثته لما قلنا لابي حنيفة رحمه الله وهو قوله لان المرأة وما في يدها في يد الزوج الى آخره والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث فالحاصل انه لا خلاف فيما يصلح للرجال انه للرجل في الطلاق ولوارثه (بعد)

(كتاب الدعوى باب التحالف)

وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحري في حالة الحيوة لان يد الحرا قوي وللحي بعد الملمات
لانه لا يد للميت فخلت يد الحي من المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالوا العبد الماذون له
في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما ايدام معتبرة في الخصومات *

بعد موته وكذا ما يصلح لها واما فيما يصلح لهما لا خلاف بين ابي حنيفة ومحمد رح انه للزوج
في الطلاق وبعد موت الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله للمرأة وعند محمد رح لوارث الزوج
وعند ابي يوسف رحمه الله من المشكل ما يجهز به مثلها للمرأة والباقي للزوج في حيوته
وبعد وفاته لوارثه وكذا بعد وفاتها ما يجهز به مثلها من المشكل لوارثها وفي هذه المسئلة سبعة اقوال
اما اقوال علماءنا الثلاثة فما ذكر وقال ابن ابي ليلى ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج
ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجال الا ما على
المرأة من ثيابها وقال زفر رحمه الله المتاع كله نصفان بينهما اذ الم تقم لواحد منهما بينة
وهو قول مالك واحد قولي الشافعي رح وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول
الحسن البصري رحمه الله ان كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها الا ما على الزوج
من ثياب بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع له *

قوله وان كان احدهما مملوكا اي سواء كان محجورا او ماذونا فالمتاع للحري في حال الحيوة
عند ابي حنيفة رح لان يد الحرا قوي لانها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك وللحي
بعد الملمات حرا كان او عبدا لانه لا يد للميت فيثبت يد الحي بلا معارض هكذا وقع في عامة
نسخ الجامع الصغير وذكر شمس الاثمة رح في جامع الصغير ووقع في بعض النسخ للحي منهما
وهو سهو وفي رواية محمد رح والزعفراني للحر منهما بالراء وقالوا المكاتب والماذون كالحر
لان لهما ايدام معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في ايديهما يقضى
به بينهما لا استوائهما بخلاف ما لو كان محجورا فانه يقضى به للحر لانه لا يد له وفي المحجور
جوابهما كجواب ابي حنيفة رحمه الله في مطلق المملوك والله اعلم *

(فصل)

* فصل فيمن لا يكون خصما *

واذا قال المدعي عليه هذا الشيء اود عنه فلان الغائب اورثته مندي او فصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرني واقام البينة لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالتوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهريه فهو باقراره يردان بحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحويل الدين عن ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يود عداياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله *

* فصل فيمن لا يكون خصما *

قوله اود عنه وكذا اذا قال اعارني او وكلني بحفظها او آجرني وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغير لعدم الخصم وهو ليس بخصم في اثباته لانه لا ولاية لاحد على غيره في ادخال شيء في ملكه بغير رضاه ثم خروجه من الخصومة في ضمن اثبات الملك لغيره واذا لم يثبت ما هو الاصل لا يثبت ما في ضمنه كالوصية بالمحابة تثبت في ضمن البيع فيبطلان البيع تبطل الوصية وقال ابن ابي ليلى يخرج من خصومته بمجرد قوله بغير بينة لانه لا تهمة في ما يقربه على نفسه فيثبت ما اقربه بمجرد اقراره وتبين ان يده يد حفظ **قوله** كما بينا من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة **قوله** كما اذا ادعى تحويل الدين اي الحوالة فصار كما اذا اقام البينة انه احال بالدين على آخر كذا في شرح الاقطع (و)

(كتاب الدعوى ... باب التحالف ... فصل فيمن لا يكون خصما)

ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما حاله الى معين ليتمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رح اللوجه الثاني وعند ابي حنيفة رح تندفع لانه اثبت بيئته ان العين وصل اليه من جهة غيرة حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضره شهودة دون المدعي عليه وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة * وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يذه يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل * وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعني فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو استحسان وقال محمد رح تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على مال بسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده

وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل معروفا بالحبيل لا تندفع عنه الخصومة * **قوله** وقال الشهود اودعه رجل لا نعرفه اي لا نعرفه اصلا بوجهه ولا باسمه ونسبه وتو قالوا نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة رحمه الله تندفع وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى فان الخمسة من العلماء فيها قولان كما ذكرنا وهي خمس مسائل وهي ما اذا قال هذا الشيء فلان الغائب عندي ووديعة او عارية او اجارة او رهنا او مضيا **قوله** لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه وهو الغصب لا بيده الا ترى ان دعوى الغصب كما يصح على ذي اليد يصح على غير ذي اليد حتى ان من (ادعي)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

الا انه لم يعينه درءٌ للحد شفقة عليه واقامة لحسبة السترف صار كما اذا قال سرفت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه * وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيته فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما لما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيرة فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت بينته كونه احق بامساكها والله اعلم *

* باب ما يدعيه الرجلان *

قال * واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رح في قول تها تراو في قول يقرع بينهما لان احدي البينتين كاذبة ييقن لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة

ادعى على آخر انه غصب عبده وليس في يده عبد صحت دعوته ويلزمه القيمة * **قوله** الا انه لم يعينه درءٌ للحد لانا اذا جعلناه سارقا لا تندفع الخصومة عنه ويقضي القاضي بالعين للمدعي فمتى ظهر السارق بعد ذلك لا ييقن لا يقطع يده لانه ظهرت سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا تندفع الخصومة عنه ولا يقضى بالعين للمدعي فمتى ظهر السارق بعد ذلك ييقن بقطع يده لانه ظهرت سرقته قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء ولم يتعلق به عقوبة سوى الضمان والله اعلم *

* باب ما يدعيه الرجلان *

قوله اذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما انما وضع المسئلة في دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا في نكاح امرأة واقام كل واحد منهما بينة انها امراته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد واقاما بينة فبينة الخارج اولى وفي احد قولي الشافعي رح (نها)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

وقد تعذر التمييز فينها تران اوبصار الى القرعة لان النبي صم اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم ابن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بهما بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احد هما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان. فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتصنيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاسئوائهما في سبب الاستحقاق فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقام بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك

تهاترت البينتان ويكون المدعى لذى اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الاخر يرجح بينة ذى اليد فيقضى به لذى اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق لان في المقيد بالسبب المعين او بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجيء ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله تهاترت البينتان تركا اي تساقطت وبطلت مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطاء فيه كذا في المغرب وقال مالك رحمه الله يقضي باعدل البينتين وعند الاوزاعي رحمه الله يقضي باكثرهما عددا في الشهود *

قوله وقد تعذر التمييز فينها تران كما لو شهد شاهدان انه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخر انه اعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن اولي واستدل بملك النكاح لوتنازع اثنان في امرأة واقام كل واحد منهما البينة انها امرأته لم يقض القاضي لواحد منهما **قوله** اوبصار الى القرعة استدلال بحديث سعيد بن المسيب ان الرجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله عليه السلام واقام كل واحد منهما البينة انها امة فاقرع رسول الله عليه السلام بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بهما لمن خرجت فرعته **قوله** وحديث القرعة كان في الابتداء اي كان استعمال القرعة في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك بحرمته القمار لان (تعيين)

قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحد هالان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان افترت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الاخر البينة قضى بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صرح

تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكم ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون فمارا كذلك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون فمارا ايضا بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا لقلوبهما ونفيا للهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار بان يعتمد احدهما سبب الملك كالشراء وما اشبهه والاخر لا يدفصحت الشهادتان فان صحة اداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة اذ لا علم للعباد بحقائق الامور وانما يعتمد ظاهر الحال فاذا صحت الشهادتان وامكن العمل بهما لان المحل يقبل الاشتراك فقضى لكل واحد منهما بالنصف وصار هذا على مثال العلل الشرعية نحو ان باع فضولي مال انسان وباع فضولي آخر من آخر واجاز المالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف كذلك ههنا بخلاف ملك النكاح فانه لا يتحمل الاشتراك وقوله ان القاضي يقين بكذب احدهما ضعيف فكل واحد منهما اعتمد شيئا اطلق له اداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن شهد له وبه فارق مسئلة مكة والكوفة على العادات الغالبة التي يبتني عليها الاحكام *

قوله ويرجع الى تصديق المرأة لاحد هالان حكمي من ركن الاسلام على السفدي رحمه الله انه قال لا يترجم احدي البينتين الا باحدى معان ثلث احدها اقرار المرأة والثانية كونهما في يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان يقيم الاخر البينة ان نكاحه اسبق كذا في الخلاصة *

(قوله)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه الآن يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا اذ كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بيته الخارج الاعلى وجه السبق *

قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقاما بيته فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء تركه لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضولين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين بخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيردده وياخذ كل الثمن وان قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا اختار لم يكن لأحد هما ان يأخذ جميعه

قوله فلا ينقض بما هو مثله في الظنيات فانه لا يرفع المثل بالمثل كالقياس فانه لا يرفع القياس بل هو دونه لاتصال القضاء بالاول دون الثاني **قوله** معناه من صاحب اليد وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو ما ان ادعى الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب **قوله** فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن فان قيل قد تبين القاضي بكذب احد الفريقين لان البيعين على دار واحدة من رجلين كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغي ان تبطل البيعتان قلنا الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور البيعان في وقتين من واحد لعين واحدة فكل واحد منهما اعتمد سببا لطلب له الشهادة فيجب العمل به بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيل المالك فيضاف عقد الوكيل الى الموكل مجازا بان وكل رجلين بان يبيعا داره فباع كل واحد منهما من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل ثبت انه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد *

(قوله)

لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم يوجد ونظيره تسليم احد الشفعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء * ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو الاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينافيه فيه احد فاندفع الآخريه * ولو وقتت احد بهما ولم يوقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخرا ان يكون قبله او بعده فلا يقضي له بالشك * وان لم يذكر تاريخا ومع احدهما قبض فهو أولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولا نهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخروفتا لما بينا الا ان يشهد وان شراءه كان قبل شراء صاحب البدلان الصريح يفوق الدلالة *

قوله لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ البيع فيه فان قيل انفسخ انما يكون ان لو كان البيع موجودا قلنا البيع ان كان موجودا فظاهر وان لم يكن فلا يتمكن من الاخذ وهذا لان استحقاق كل واحد منهما للكل ثابت نظرا الى بينته وانما لا يظهر في النصف بوجود بينة صاحبه فكان دليل استحقاق الكل قائما فيفسخ نظرا الى الدليل **قوله** ومعناه انه في يده اي العبد في يده معاينة في الحال وذكر في الذخيرة ثبوت البدل احد المدعين بالمعاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على القبض المشهود به وهو في الحال في يد البائع وجاز ان يكون الحكم هناك على خلاف هذا **قوله** لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه لان القبض بناء على العقد الثابت بالبينة ظاهرا حملا لفعل المسلم على الصلاح لا على النصب وقبضه اقترن بعقد الآخر لان كل واحد منهما حادث فحكم بوقوعهما معا فيتقدم مقد صاحب القبض ضرورة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وذكر البخاري انه يرجع الى النكتة الآخرة وهي قوله استويا في الاثبات لانه كما احتمل سبق التاريخ (على)

قال وان ادعى احد هما شراء والاخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لا استوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال والترجيح لمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض

على شراء ذي اليد احتمل سبق اليد على شراء المورخ فلا ينقض اليد الثابتة بالشك *
قوله وان ادعى احد هما شراء والاخر هبة وقبضا معناه من واحد احتريزه من ان يكون من اثنين فانهما سواء فيه ولا اولوية للشري على الهبة ح على ما يجيء بعده في قوله ولو ادعى احدهم الشري من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره الى ان قال قضى بينهم ارباعا والفرق هو انهما اذا ادعيا الشراء والهبة من واحد لا يحتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجة في اثبات سبب الملك عليه وفي اثبات سبب الملك لنفسهما الشري اقوى من الهبة لانه عتد ضمان موجب للملك في العوضين والهبة تبرع ولان سبق ثبوت الملك بالشري على ثبوت الملك في الهبة انما يتصور فيما اذا كان الملك واحدا لما ان الشري موجب للملك بنفسه والهبة لا توجب الملك الا بعد القبض فكان ملك مدعى الشراء يباقي فكان هو اولى اما اذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين فهما محتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما وينتصب كل واحد منهما خصما عن ملكه في اثبات الملك له او لائمه لنفسه والحجتان في اثبات الملك لهما سواء فيقضى به بينهما لذا كذا في المبسوط **قوله** ولا ترجيح باللزوم لو ادعى احدهما الهبة والقبض والاخر الصدقة والقبض واقاما بينة تضي بينهما نصفين لا استوائهما في التبرع والافتقار الى القبض ولا يترجح الصدقة على الهبة باعتبار معنى اللزوم لان ان الزوم يظهر في ابطال حق الرجوع وذلك (حكم)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

لان الشيوخ طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع *
قال فاذا ادعى احد هما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء

حكم يظهر في ثانی الحال والترجيح انما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع الى المال ولان امتناع الرجوع لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولو حصل المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لم يرجع فيها ايضا *

قوله لان الشيوخ طارئ لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه وهذه المزاحمة بعد القبض فكان الشيوخ طارئاً وفي المبسوط ولو ادعى رجل هبة مقبوضة وادعى الآخر صدقة مقبوضة وادعى البينة فان وقتت احدي البنتين ولم يوقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان كل واحد منهما اثبت سبب ملك حادث وانما يحال بحدوثه الى اقرب الاوقات وقد اثبت احدهما تاريخاً سابقاً بالتوقيت فيقبض بهاله وان كان في يده لم يوقت شهوده قضيت بهاله لان قبضه دليل سبق حقه وهو دليل معين والتوقيت في حق الآخر مخبر به وليس الخبر كالمعاينة الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول فحينئذ يكون هو اولى لا ثباته الملك في وقت لا ينازعه الآخرون لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معين لاحد فقيماً لا يقسم يقضى به بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق وفي ما يحتمل التهمة كالدأرو نحوها يبطل البنتان جميعاً اذا لم يكن فيهما ما يرجح احدهما من قبض او تاريخ لانا لو علمنا بها قضينا لكل واحد منهما بالنصف لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوخ بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح ان المذكور في الكتاب قولهم جميعاً لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقد بين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً وانما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوخ في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها *
(قوله)

لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف رخ
وقال محمد رخ الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم
الشراء اذا تزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه وان
ادعى أحدهما رهنا وقبضا والاخرهية وقبضا واقامةينة فالرهن أولى وهذا استحسان
وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبت وجه الاستحسان ان المقبوض
بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة
بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة
ومعنى والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وان
اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى لانه اثبت
انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الاخر منه *

قوله لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه فان قيل الشراء
مبادلة المال بالمال ويوجب الضمان في العوضين والنكاح مبادلة مال بماليس بمال غير
موجب للضمان في المنكوحة فكان الشراء اقوى قلنا النكاح اقوى لان الملك في الصداق
يثبت بنفس العقد متاكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشتري
وتجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشتري وفيما قال محمد رخ اثبات
تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين لا يثبت الا بحجة ولا يكون عملا بالبينتين
ايضالا ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا اناخر لم يوجب ملك المسمى كما
اذا اناخر الشراء وهما سواء في حق ملك العين **قوله** وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت
الملك اي لان الهبة تثبت ملك العين والرهن لا يثبت فكانت البينة المثبتة ملك العين
اكثر اثباتا فكان أولى **قوله** وعقد الضمان أولى وهذا لانه يثبت البدلين المرهون
والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكانت اكثر اثباتا فصار كالشراء مع الهبة * (قوله)

(كتاب الد موى باب ما يد عيه الرجلان)

قال ولو ادعيا الشرى من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول
اولى لما بينا انه اثبت في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من
آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لباثعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد
منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقت احدى البنتين وقتا ولم توقيت الاخرى قضى بينهما
نصفين لان توقيت احد هما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا
كان البائع واحد الا انهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا
بحكم به حتى تبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والاخر الهبة والقبض
من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم ارباعا لانهم
يتلقون الملك من بائعهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق **قال** فان اقام
الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند
ابى حنيفة وابى يوسف رح وهو رواية عن محمد رح وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجوع اليه

قوله وان ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد كانه قيد لقوله معناه من غير
صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لانه قال اولو ولو ادعى اثنان كل منهما انه اشترى منه هذا
العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكروا من جملتها هذا الحكم المذكور هنا
ثبت بذلك انه لا فرق بين ان يدعيا الشراء من صاحب اليد او من غيره في هذا الحكم
قوله وذكرا تاريخا اي سواء كان تاريخهما واحدا او كان احدهما سبق تاريخا فهما سواء لانهما
يثبتان الملك لباثعهما ولا تاريخ ملك البائعين فيصير كانهما حضرا واقاموا البينة على الملك
بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من
واحد معين لانهما اتفقا ان الملك كان له وانما يختلفان في التلقي منه واسبقهما تاريخا
اثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازع فيه صاحبه فيقضى له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك
الا اذا ادعى التلقي منه والاخر لا يدعى التلقي منه **قوله** ثم يخير كل واحد منهما كما (ذكر)

لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت ثبوته لغيرة بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينه ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت احد لهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى

ذكر من قبل وهو قوله وكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك **قوله** لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك احتريزه عما اذا قامت البينتان على شراء مورخ واحد لهما سبق تاريخا من الاخرى فالاسبق اولى رواية واحدة فيما اذا كان البائع واحدا وفيما اذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فما ذكر في الهداية يشير الى انه لا عبرة لسبق التاريخ وفي المبسوط ما يدل على ان اسبق التاريخين اولى في ذلك فقد ذكر فيه ولو ادعى الملك بالشري كل واحد منهما من رجل او من واحد وارخا واحدا سبق تاريخا كان صاحب اسبق التاريخين اولى **قوله** متضمنة معنى الدفع وهذا لان الملك اذا ثبت في وقت لشخص ثبوته لغيرة بعده لا يكون الا بالتلقي منه فصارت بينه ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله وبينته على الدفع مقبولة كبينة المرأة والعبد والامة بالطلاق والعقاق على الوكيل بنقلهم لقصريد الوكيل عنهم ولان يد ذي اليد دلت على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ فوجب قبول بينته على التاريخ كما وجب قبول بينته على التناج لانه انما وجب قبول بينته على التناج لكون تاريخه اسبق فكذا هنا **قوله** وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما فعندهما الدار لصاحب الوقت الا قدم وعند محمد يبطل التقدم ويكون الدار بينهما لان كل واحد منهما خارج وذو اليد ففيما في يده وذو اليد وفيما في يد صاحبه خارج فيأخذ كل واحد منهما ما في يد صاحبه **قوله** والمعنى ما بينا وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين (قوله)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولي ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولادفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولي وقال محمد رح الذي اطلق اولي لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت ييقن والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن كما لو ادعى الشراء ولابي حنيفة رح التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصارك كما اذا اقام البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ *

قوله لانه اقدم لانه اثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت تعيينا ومن لم يوقت ثبت للحال وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه **قوله** وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما يعني اذا ادعى الشراء من بائع واحد وارخ احدهما دون الآخر يحصى به للمورخ واما اذا ادعى الشراء من بائعين فوقت احدهما دون الآخر قضى بينهما نصفين **قوله** ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع اي دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لو وقع الشك في وجوب التلقي من جهته لجواز ان جهود الخارج لو وقتوا كان اقدم فاذا وقع الشك في تضمنها معنى الدفع فلا تقبل مع الشك والاحتمال **قوله** ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى **قوله** بدليل استحقاق الزوائد اي الزوائد المنصلة والمنفصلة كالاولاد والاكساب **قوله** يضامه احتمال عدم التقدم اي يزاحمه وهذا لان الذي لم يورخ كما احتمل ان يكون متأخرا عنه احتمل ان يكون سابقا على تاريخ صاحبه اولان التاريخ ان كان يقتضى السبق لفظا (من)

قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتائج فصاحب اليد
اولى لان البينة قامت على ملا تدل عليه اليد واستوي وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضي له

من حيث اقتصار دلالة لفظ الدعوى على الحال فعدم التاريخ له دلالة السبق بحسب
المعنى كما قال محمد رحمه الله واذا وقع التعارض بين الاحتمالين سقط اعتبار التاريخ وصار
كما لو اقاما البينة على الملك المطلق اعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخفى اما ان يدعي املا مطلقا
او شراء او ارثا وكل قسم ثلثة اقسام لانه اما ان يكون المدعى في يد ثالث او في يدهما او في يدا احدهما
وكل وجه على اربعة اقسام لانه اما ان لا يورخا او ارخا تاريخا واحدا او ارخا وتاريخا احدهما
اسبق او ارخا احدهما دون الآخر وجملة ذلك ستة وثلاثون فصلا وقد عرف ذلك في موضعه *

قوله وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتائج فصاحب اليد اولى
سواء اقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان
وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى ووجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا
من بينة ذي البدل لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق اولوية الملك بالنتائج يثبت استحقاق
الملك الثابت لذى اليد بظاهريده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج
بوجه ما كانت بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق وجه الاستحسان
مارواه ابو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه ان رجلا
ادعى ناقة في يدي رجل واقام البينة انها ناقة نتجها دابته واقام ذو اليد البينة انها ناقة نتجها دابته فقضى
الرسول عليه السلام للمذي هي في يديه ولان يد ذي البدل تدل على اولية الملك فهو يثبت ببينته
ما ليس بثابت بظاهريده فوجب قبول بينته ثم ترجح بيده بخلاف الملك المطلق لان هناك
لا يثبت ببينته الا ما هو ثابت بظاهريده ثم انما قلنا ان ذا البدل لو اقام بينة على دعوى النتائج
بعد ما قضى للخارج يقبل بينته لان الخارج ببينته لم يستحق على ذي اليد شيئا فلم يصرن ذو اليد
مقضا عليه فيسمع بينته كما يسمع بينة اجنبي آخر وفي دعوى الملك المطلق لو تفرد الخارج (با)

(كتاب الدموى باب ما يدعيه الرجلان)

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رح انه تهاثر البيئات ويترك في يده
لا على طريق القضاء * .

باقامة البيئة وقضي له ثم اقام صاحب اليد البيئة انه لا يسمع بيته لان الخارج بيته استحق
على ذى اليد الملك الثابت له لظاهر يده فصار ذو اليد مقضيا عليه فلا تسمع بيته بعد ذلك
واما قوله ان بيئة الخارج اكثر استحقاقا فلنا نعم كذلك الا ان في بيئة ذى اليد سبق التاريخ
لانها تثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير فكان اولى الا ترى
انهما لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا وذو اليد اسبقهما تاريخا يقضى لذي اليد وان كان في
بيئة الخارج زيادة استحقاق على ذى اليد قال شيخ الاسلام رحمه الله الحاصل ان بيئة
ذى اليد انما ترجح على بيئة الخارج على النتاج اذا دعى الخارج الملك المطلق اذا
لم يدع الخارج فعلا على ذى اليد نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن او ما شبهه
ذلك واما اذا دعى الخارج فعلا مع ذلك فبيئة الخارج اولى *

قوله وهذا هو الصحيح وجه الصحة هو ان محمد ارحمه الله ذكر في خارجين اقام كل
واحد منهما البيئة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك
في يد ذى اليد وكذلك قال ولو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما وسواقطها في يد الآخر
واقام كل واحد منهما البيئة على النتاج فيها يقضى بها بالسواقطين في يده اصل الشاة
ولو كان الطريق تهاثر البيتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده **قوله** خلافا لما
يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تهاثر البيتان ويترك في يده لا على طريق القضاء
وجه قوله ان القاضي يقن بكذب احدهما اذا تصور لتاج دابة من دابتين فلت لا معنى
لذلك لان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع
الناقة وكل واحد من الفريقين اعتمد سببا ظاهر الاداء الشهادة فيجب العمل بهما ولا يصار
الى التهاثر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا يتهاثر البيتان مع ان (العين)

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في بد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كان الدعوى بين خارجين فيبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيد هاذو اليد لان الثالث لم يصرمقضا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به العين الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكما له ولكن لما وجد القاضي بشهادة كل واحد من الفريقين محملا بطلق له اداء الشهادة بان عاين احد الفريقين احدا الخصمين باشر سبب الملك وعاين الفريق الاخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا هنا وثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه فعند عيسى بن ابا ن يحلف ذواليد للخارج لان البينتين لما تها ترقا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة اصلا فيقضى لذي اليد قضاء ترك بعدما حلف للخارج وعندنا لا يحلف *

قوله ولو تلقى كل واحد منهما اي كل واحد من الخارج وذو اليد والضمير في عنده يرجع الى رجل ولذلك لو اقام البينة على ورائة او وصية او هبة مقبوضة من رجل ولد في ملك ذلك الرجل لانه يتلقى الملك من جهة مورثه او من موصيه فيكون خصما عنه في اثبات نتاجه **قوله** لان الثالث لم يصرمقضا عليه بتلك القضية لان التملك بالنتاج لا يكون استحقاقا على احد لانه تبين انه من الابتداء كان ملكا له وهو لا ينكر فلما لم يصرمقضا عليه في تلك الحادثة يسمع بينته **قوله** وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل صورته ما اذا اقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي بها له ثم اقام ذواليد البينة على النتاج يقضى بها له وينقض القضاء الاول وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضا عليه بالملك فلا تقبل بينته الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وجه الاستحسان ان من يقيم (البينة)

قله

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

لانه بمنزلة النص وكذلك النسيج في الثياب التي لا تنسج الامرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا ينكر لان في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبن والمرعى وجزا الصوف وان كان ينكر راضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخبز البينة على النتاج يثبت اولية الملك لنفسه وان هذه العين حادثة على ملكه فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره فلم يصرد واليد به مقضيا عليه وقد تبين باقامة البينة ان القاضي اخطأ في قضائه وان اولية الملك لذى اليد فهذا ينتقض قضاؤه بخلاف الملك المطلق فان قبل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فعند ابن ابي ليلى بينة الخارج اولى فينبغي ان لا ينتقض قضاء القاضي لمصادفة موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه من اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاد بينة الخارج عليها. هذه البينة ما كانت قائمة عند قضائه فلم يكن قضاؤه من اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذى اليد فاذا اقام حجة الدفع انتقض القضاء الاول *

قوله لانه بمنزلة النص اي اقامة البينة على النتاج بمنزلة نص ظهر بخلاف الاجتهاد وهذا لانه ظهر انه قضى للمدعي بمطلق الملك مع بينة ذى اليد انها نتجت عنده والقضاء للمدعي في هذه الحالة باطل فينتقض قضاؤه كما لو ظهر بخلافه **قوله** والمرعى اذا شددت الزاء قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعى ابفتح الميم مخففا وهي كالصوف تحت شعرا المعز الخراسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خراويل هو ينسج فاذا بلل يغزل مرة اخرى ثم ينسج **قوله** وجزا الصوف بان اختلفا في الصوف واقام كل واحد منهما البينة انه صوفه جزء من غنمه فانه يقضى به لذى اليد لان الجزا لا يكون الامرة واحدة فكان في معنى النتاج فان قيل كيف يكون الجز في معنى النتاج وهو ليس بسبب لاولية الملك فان الصوف على ظهر الشاة كان مملوكا له قبل الجز قلنا نعم ولكنه كان كوصف الشاة ولم يكن مالا مقصودا الا بعد الجز وهذا لا يجوز بيعه وماتناز ماله مقصود **قوله** وان كان ينكر راضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق والمعنى فيه ان الثوب (الذى)

والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء بينته هو الاصل والعدول منه بخبر النجاشي فان لم يعلم يرجع الى الاصل **قال** وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى لان الاول وان كان يثبت اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا التناهي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاوت البينتان ويترك الدار في يد ذي اليد قال رضى وهذا عند البيهقي وابيوسف رضى وعلى قول محمد رضى يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذواليد من الآخر وقبض ثم باع الذي ينسج مرة بعد مرة بجوز ان يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعدما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا صار لذي اليد ينسجه لا يتصور ان يصير للخارج نسجه فكان في معنى دعوى النجاشي *

قوله والبناء والغرس وزراعة الحنطة اما في البناء بان اقام كل واحد منهما البينة انها دار بناها بماله يقضى بها للخارج لان البناء يكون مرة بعد مرة فلم يكن في معنى النجاشي وفي الغرس يقضى به للخارج لان الشجر يغرس غير مرة فقد يغرس الثالثة انسان ثم يقطعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى النجاشي وكذلك اذا كانت الدعوى في الحنطة بان اقام كل واحد منهما البينة انها حنطة زرعها في ارضه قضى بها للمدعي لان الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع في الارض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منهما ثم يزرع ثانية فلم يكن هذا في معنى النجاشي **قوله** فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة اي اذا كان الثوب او نحوه لا يستبين انه ينسج مرة او مرتين سأل القاضي اهل العلم عن ذلك يريد به العدول منهم وبينى الحكم على قولهم الواحد منهم يكفي والاثنان احوط قال الله تعالى فاستلوا اهل الذكوان كنتم لا تعلمون **قوله** والعدول عنه بخبر النجاشي وهو ما روي ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ثاقته نتجتا واقام ذواليد (البينة)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على اقرارين وفيه التها تر بالا جماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذى اليد الا بملك مستحق فينبغي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيدة ثم لو شهدت البيتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالتقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تها تر بالا جماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول *

البينة انها ناقته نتجتها فتضى رسول الله عليه السلام للذي هي في يده *

قوله لان القبض دلالة السبق على ما مر اشارة الى قوله وان لم يذكر اتارىخا ومع احدهما قبض فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه **قوله** ولا يعكس الامر اي ولا يجعل كان الخارج اشترى ذلك العين من ذى اليد او لائم باعه من ذى اليد لان في ذلك يلزم البيع قبل القبض ولا يثبت القبض حتى يصح لان اذ زيادة على ما قامت به البينة فلا يجوز **قوله** فصار كأنهما قامتا على اقرارين لان كل واحد منهما اثبت الشراء من صاحبه والاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع وكل بائع مقرب بثبوت الملك للمشتري فكان هذا بمنزلة ما لو اقام كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك ولو كان كذلك تها تر الاقراران لان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقرارهما معا بطلان ما لا يعرف سبق احدهما جعل كأنهما وقعا معا وفيه التها تر بالا جماع فكذا ههنا **قوله** ولان السبب يراد لحكمه فيه جواب عما قاله محمد رح ان العمل بالبينتين ممكن قلنا لا يمكن لانه لا يمكن القضاء ببينة ذى اليد الا بملك مستحق عليه وانه لا يفيدة وانما يعتبر امكان العمل بالبينتين عند امكان ثبوت موجبهما **قوله** ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تها تر بالا جماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح (با)

وان وقت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما
 فيجعل كان الخارج اشترى اولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما
 وعند محمد رَح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا
 بتقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين واذا كان وقت صاحب اليد اسبق
 باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر التاريخ
 ولا دلالة التاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقاً بخلاف ما اذا لم يذكر القبض
 حيث يجعل شري صاحب اليد سابقاً وبيعه لاحقاً لدلالة التاريخ عليه وهو القبض اذ لو جعلنا
 بيع الخارج لاحقاً يلزم البيع قبل القبض واما ههنا لما اثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما
 كان بيعهما جائزاً وليس احدهما باولى من الاخر في القبول فتساقط المتعارض فبقي العين
 على يد صاحب اليد كما كان وما ذكر في الهداية تها تراثاً بالاجماع بخلاف ما ذكر
 في المبسوط وهو ان الشهود اذ لم يشهدوا بالقبض يجعل شري ذي اليد سابقاً وبيعه متأخراً
 فيؤمر بتسليمه الى الخارج وان شهدوا بالقبض يجعل شري الخارج سابقاً وبيعه متأخراً
 لان قبضه منتزع عياناً وانقضاء قبضه دليل على سبق عتده وقيام قبض الآخر دليل تأخر
 عتده ولانا لو جعلنا عقد ذي اليد سابقاً كان قبضه فصيحاً حراماً ولو جعلنا عقده متأخراً كان
 بحق فلهذا اثبتنا التاريخ بين العقد بين بهذه الصفة واما عند ههنا تراث الشهادتان
 في صورتين جميعاً وذكر في الذخيرة فاما اذا شهدوا بالعقد والقبض فانما يجعل القبض
 المعين آخر القبضين لان الاصل ان القبض اذا ثبت عقيب عقد يحال به على ذلك العقد
 لانه ظهر سببه والحكم متى ثبت عقيب سبب فانما يحال به على ما ظهر من السبب لا على
 غيره ولان اي الشرائين قدمنا في هذه الصورة يصح العقدان فيقدم شري الخارج حتى
 لا يحتاج الى نقض القبض المعين بالشك وفي الجامع الكبير مثل ما ذكر في المبسوط
قوله وان وقت البينتان في العقار قيد بالعقار ليظهر نمرة الخلاف كما ذكر
قوله وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد اي بالاجماع (قوله)

يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل اليه بسبب آخر **قال** وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الأفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف **قال** وإذا كانت دار في يد رجل أدعى أن أحدهما جميعها والآخر نصفها وإنما البينة فلصاحب الجميع ثلثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عندا يحنفد رح اعتبار الطريق المتنازع فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما وقالاهي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصا. ب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاز ولهذا المسئلة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات *

قوله يقضى للخارج في الوجهين أي سواء شهد الشهود بالقبض أو لم يشهدوا وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء عند الأوزاعي يقضى لأكثرهما عدد إلا أن القلب إلى قول الأكثر أميل وعند مالك رح يقضى لأعدل البينتين لأن الشهادة إنما صارت حجة بالعدالة والأعدل في كونه حجة أقوى فكان أولى ولنا أن الترجيح لا يقع بكثرة العلة حتى لا يترجح القياس بقياس آخر ولا الحديث بحديث آخر ولا الآية بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه أما إذا كانت إحدى الآيتين تحتل التأويل والأخرى لا تحتل فكان غير المحتمل أولى لأنه لما لم تحتل التأويل كان مفسرا وكونه مفسرا وصف فيه والمفسر راجع على النص والظاهر وكذلك الشهاداتان إذا تعارضا وأحد لهما مستورة والأخرى عادلة ترجحت العادية بالعدالة لأنها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لأنها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر إلا أن يكون بعضها صفة للبعض *

قوله فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وفي المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث **قوله** ولهذا المسئلة نظائر وأضداد فمن (نظائرها)

قال ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى بينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالماً بامساك، ولا قضاء بدون الدعوى واذا كان دعواه منصرفه الى ما في يده فاقضاء له بنصف صاحبه يكون بلاد دعوى في يده **قال** واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكر آثاراً يخار سن الدابة بوافق احد التاريخين فهو أولى لان الحال يشهد له فيترجم * وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكر آثاراً يخار

نظائر الموصى له بجميع المال وينصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه احد المولى مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم يبيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى والمدين والاجنبي عند ابي حنيفة رحمه الله بطريق العول اثلاثاً وعندهما بطريق المنازعة ارباعاً وكذا المدبر اذا قتل رجلاً خطأ وفقاً غير رجل خطأ وغرم المولى قيمته لها ومما انتقوا على ان القسمة فيها بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء اذا ضاقت التركة عن ايفاء حقهم والموصى له بالثلث مع الموصى له بالسدس اذا لم يجز الورثة ومما انتقوا على ان القسمة فيها بطريق المنازعة فضولي باع عبد رجل بغير امره وباع فضولي آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشترين بطريق المنازعة ارباعاً على ما عرف مع اصولها وفروعها في الزيادات وغيرها *

قوله وان اشكل ذلك كانت بينهما اي اذا كانا خارجين اما اذا كانت الدعوى بين الخارج وذوي اليد في النتاج واقاما البينة ووقت البينتان في الدابة وقتين فان كانت الدابة على وفق بينة المدعي قضيت بهاله لان علامة الصدق ظهرت في شهادة شهوده وعلامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذي اليد واما اذا كانت البينة: وفق بينة ذي اليد (او كانت)

(كتاب الدعوى باب ما يدعيه الرجلان)

وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البيتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رح لانه ظهر كذب الفريقين
فترك في يد من كانت في يده **قال** واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة
احدهما بغصب والاخر بوديعة فهو بينهما لا ستوائهما *

* فصل في التنازع بالايدي *

قال واذا تنازعا في دابة احد همارا كبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان
تصرفه اظهر فانه يختص بالملك * وكذا اذا كان احد همارا كبا في السرج والاخر
رديقه فالراكب في السرج اولى

او كانت مشكاة قضيت بها الذي اليد اما لظهور علامة الصدق في شهوده او سقوط اعتبار التوثيت اذا
كانت مشككة ولم يذكر فيما اذا كانت سن الدابة بين الوقتين الذين ذكرهما بيننا الخارج وذى اليد
وذكر في الذخيرة في ذلك علامة المشائخ على انها تهتر البيتان ويترك الدابة في يد صاحب اليد
قوله وان خالف سن الدابة الوقتين اي في دعوى الخارجين بطلت البيتان كذا ذكره
الحاكم هكذا ذكر الجواب في الايضاح وذكر في المبسوط من مشائخنا من اجاب بهذا
ثم قال والاصح ما قاله محمد رح وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما
اذا كانت سن الدابة مشككة وفيما اذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما
اذا كانت مشككة لا شك فيه وكذلك ان كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت
لحقهما وفي هذا الموضع في اعتبار ابطال حقهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى
مقصودهما وهوانبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء به بينهما نصفين
قوله فهو بينهما لا ستوائهما لان المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب والداعلم *

* نص في التنازع بالايدي *

قوله فالراكب اولى اي في كونه ذا اليد لان الراكب يصير ذا اليد بهذا التصرف
حتى لو اقام الاخر البينة تقبل * (قوله)

بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما الاستواء في التصرف وكذا اذا تنازعا في غير
 وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قبض
 احدهما لابس والآخر متعلق بكفه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولوتنازعا في بساط
 احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان التعود
 ليس بيد عليه فاستويا **قال** واذا كان الثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما
 نصفان لان الزيادة من جنس الحجّة فلا توجب زيادة في الاستحقاق *

قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه **قال** انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه *
 ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقرب اليه لا يد له حيث اقرب الرق وان كان
 لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة
 متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون التول قوله لانه ظهر الرق
 عليه في حال صغره **قال** واذا كان الحائض لرجل عليه جذوع او متصل بينائه وللآخر عليه
 هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال

قوله بخلاف ما اذا كانا راكبين اي كلاهما راكبين في السرج حيث يكون بينهما الاستواء
قوله لان التعود ليس بيد عليه اذا المراد باليد المتصرفه الناقلة المحولة التي لا ينفك الركوب
 والحمل عنها عادة فكان بينهما لا على وجه القضاء لاستوائهما في عدم الحجّة **قوله** وهو
 يعبر عن نفسه وفي الذخيرة يعني يتكلم ويعقل ما يقول فاذا كان بهذه المناسبة كان في يد نفسه
 لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة الا ان تركها اذا لم يكن له
 اهتداء الى المصالح والمقاصد فهذا الصبي لو اقرب الرق لغيره سقطت عبرة يده على نفسه
 فيظهر عليه يذني اليد فيكون له فان قيل كيف يصح ان ارار الصغير بالرق لغيره وهو من المضار
 والاقتوال الموجبة للضرر غير معتبرة في حقه ولهذا لم يصح طلاقه واعتاقه وهبته وان كان عاقلا
 قلنا ثبوته بدعوى ذي اليد لا باقراره فاندفع المعارض وهذا بخلاف ما اذا ادعى ان (١)

(كتاب الدعوى ... باب ما يدعيه الرجلان ... فصل في التنازع بالأيدي)

والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق
فصار كدابة تنازع فيها ولا أحدهما حمل والآخر كوز معلق والمراد بالتصال مداخلته لبن
جدارة فيه وليس هذا في جدارة وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بناءه
على بعض هذا الحائط وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا
وكذا الجواني لان الحائط لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولا أحدهما عليه هرادي
وليس الآخر عليه شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لا استوائهما

اللقيط عبده لم يصدق والرق هو ان صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده
ويد الملتقط على المقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط
امين في اللقطة ويد الامين في الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم يصح
الدعوى مع السك ومتى لم يعرف انه لقط فيد ذى اليد عليه ثابتة من كل وجه لانها ثابتة
حقيقة وحكما لان يده عليه ليست يد غيره فان قيل وجب ان لا يصدق في دعوى الرق
لان الحرية ثابتة بالاصل لان الناس باسرها احرار في الاصل لانهم اولاد آدم وحواء كانا
حرين فكان ما يدعيه من الرق امرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا
اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل ذلك الاصل واليد على من هذا شأنه دليل
على خلاف الاصل لانها دليل الملك فيبطل به الاصل كذا في الفوائد الظهيرية *

قوله الهرادي ليست بشيء في المغرب الهردية بضم الهاء وتشديد الياء عن الميث
نصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت
هو الحردي ولا تقل هردي **قوله** وقد يسمى اتصال تربيع وذكر في حيطان الذخيرة
وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه
داخله في انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخله في المتنازع فيه
وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساجة أحدهما مركبة في الأخرى واما
ادانقب فادخل لا يكون تربيعا ويكون اتصال مجاورة وملازمة **قوله** الهرادي ليست بشيء (يدل)

ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعة في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب الى الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفان لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائطين لوضع كثير من الجذوع دون الواحد والمشي فكان الظاهر شاهدًا لصاحب الكثير الا ان يدعى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده يدل على انه لا اعتبار للمهرادي اصلا وكذا البواري لانه لما لم يكن استعماله وضعًا اذا الحائط لا يبنى اهما وانما يبنى للتسقيف والتسقيف لا يمكن على المهرادي والبواري صار معدوما حكما حتى لو تنازعا في حائط ولا جد هما عليه بهرادي ولا شيء للآخر فهو بينهما ولا يختص به صاحب المهرادي *

قوله ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة حتى لو كان لاحد هما عليه عشر خشبات وللآخر ثلث خشبات فهو بينهما نصفان لان لكل واحد منهما حملا مقصودا يبنى الحائط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلة والكثرة بعد تمام النصاب اذا التلث اقل الجمع كما لو تنازعا في دابة ولا جد هما عليها خمسون منا ولا آخر ما تة من كانت بينهما نصفين **قوله** وللآخر موضع جذعه وفي الايضاح يريد به حق الوضع لان استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة لاستحقاق يده اما اذا ثبت ملكه بالبينة كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجذع من وضع جذعه على جداره **قوله** وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ذكر في كتاب الدعوى والصلح من الاصل ان لكل واحد منهما ما تحت خشبه الى اسفل الارض لان يد كل واحد منهما على موضع خشبه ثابتة وسبب الاستحقاق انما هو اليد على ذاك الموضع ثم قيل ما بين الخشب بينهما نصفين لان كل واحد منهما مستعمل للحائط الا ان احدهما اكثر استعمالا فصار كما اذا تنازعا في ثوب وعامة في يد احدهما وطرف منه في يد الآخر يقضى بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة * (قوله)

(كتاب الدعوى... باب ما يدعيه الرجلان... فصل في التنازع بالأيدي)

لو كان لأحدهما جذوع والآخرا اتصال فالأول أولى ويروى الثاني أولى وجه الأول
ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى وجه الثاني
ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء ب كله
ثم يبقى الآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي صححها الجرجاني *
قال وإذا كانت دار منهما في درجل عشرة آيات وفي يد أخرى بيت فالساحة بينهما نصفان
لاستوائهما في استعمالها وهو المروور فيها **قال** وإذا ادعى الرجلان أرضا يعني بدعي
كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أيها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما
لان اليد فيها غير مشاهد لتعذرا حضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته *

قوله ولو كان لأحدهما جذوع والآخرا اتصال يريد به اتصال تربع فالأول أي صاحب الجذوع
أولى ويروى الثاني أولى أي صاحب الاتصال أولى **قوله** ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه
لما قلنا إشارة إلى ما قال لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فان قيل لما قضى بالحائط
لصاحب الاتصال يبقى ان يؤمر برفع الجذوع لانه حمل له موضوع على ملك الغير
بغير سبب ظاهر لاستحقاقه كما لو تنازعاني دابة لأحدهما عليها حمل والآخر مخلاة يقضى
لصاحب الحمل ويؤمر بالآخر برفع المخلاة فلان وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا
في الأصل بسبب فكان من ضرورة القضاء لصاحب الحمل امر الآخر برفع المخلاة فاما ههنا
فقد ثبت له حق وضع الجذوع على حائط لغيره بان كان ذلك مشروطا في أصل التسمية فليس
من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر وهذا بخلاف ما لو
اقام أحدهما البينة وقضى به له يؤمر الآخر برفع جذوعه لان البينة حجة للاستحقاق يستحق بها
صاحبها على الآخر برفع جذوعه عن ملكه ثم الصحيح من النسخ ولو كان لأحدهما اتصال
والآخر جذوع فالأول أولى ليكون الدليل موافقا للمدعى وفي بعض النسخ ولو كان لأحدهما
جذوع والآخرا اتصال وذلك ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب وفي الذخيرة (و)

وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجّة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بيئا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة* وان كان احدهما قد لبس في الارض او بنى او حفر فنهى في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها *

وان كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان صاحب الاتصال اولى وبه اخذ الطحاوي والشيخ الفقيه ابو عبد الله المرشد وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ان صاحب الجذوع اولى وذكر فيها قبل هذا فان كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال اولى وعليه عامة المشائخ وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي فقد رجع صاحب الاتصال على صاحب الجذوع *

قوله وان اقام احدهما البينة جعلت في يديه لقيام الحجّة فان قيل البينة حجة على الخصم واذا لم يثبت كونها في يده الاخر لا يكون خصما فكيف يقضى باليد فيها للذي اقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد الا ترى انه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الاخر ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وذكر الامام الترمذ في رحمه الله فان طلب كل واحد ميمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض باليد لهما وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضي لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها كان في يده ونصفها للذي كان في يد صاحبه بنكوله وان كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لان نكوله ليس بحجة في حق الثالث **قوله** جعلت في ايديهما لما قلنا وهو قوله لقيام الحجّة **قوله** لوجود التصرف والاستعمال فيها ومن ضرورته اثبات اليد كالركوب في الدواب واللبس في الثياب *

(باب)

(كتاب الدعوى باب دعوى النسب)

* باب دعوى النسب *

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاء البائع فان جاءت به لاقل من سنة اشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رح دعوته باطله لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاء المشتري مع دعوى البائع او بعده فدعوى البائع اولى لانها سبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوى استيلاء * وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوى البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه

* باب دعوى النسب *

قوله ومبنى النسب على الخفاء لان العلوق امر خفي فيعفى فيه التناقض كالمراة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة **قوله** وان ادعاء المشتري مع دعوى البائع يعني ادعاء معافدة البائع اولى وعند ابراهيم النخعي رحمه الله دعوى المشتري اولى لان له حقيقة الملك فيها وفي ولدها وللبائع حق استحقاق النسب ولا يعارض الحق الحقيقي كالمواد عن المولى وابوه ولد الجارية يثبت النسب من المولى لما ذكرنا **قوله** وهذه دعوى استيلاء يعني دعوى البائع لان اصل العلوق في ملكه ودعوى المشتري دعوى تحرير وانها لا تعارض دعوى الاستيلاء لان دعوى التحرير تقتصر على الحال ودعوى الاستيلاء تستند الى وقت العلوق فكانت سابقة معنى فكانها سبقت صورة وفي المبسوط لو ادعاء المشتري او لا يثبت النسب منه لانها مملوكة في الحال يملك اعتاقها واعتاق ولد هانصم دعوته ايضا الحاجة الولد الى النسب والحريقة وثبتت لها امومية الولد (با)

فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير و غير المالك ليس من اهله * وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولا قل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه و اذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادفهما واحتمال العلوق في الملك * فان مات الولد فادعاء البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة الولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام * وان ماتت الام فادعاء البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذة البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبعية وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعنتها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقال يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقومة عنده بافراة ولا يصح دعوة البائع بعد ذلك لان الولد قد استغنى عن النسب حتى يثبت نسبه من المشتري ولانه ثبت فيه لا يحتمل الا بطلان وهو حقيقة النسب فيبطل به حق استحقاق النسب الذي كان للبائع ضرورة وفي النهاية قوله وهذه دعوة استيلاد احتراز عن التحرير يعني لما كانت هذه الدعوة دعوة استيلاد لم تقتقر الى حقيقة الملك لصحة الدعوة في الحال بخلاف دعوى التحرير على ما يجيء بعد ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصحة ولا يعتق الولد **قوله** فلا تثبت حقيقة العتق اي في الولد ولا حقه اي في الام **قوله** وليس من ضروراته اي وليس من ضرورات ثبوت العتق في الولد بالنسب ثبوت الاستيلاد في الام كما في ولد المغرور فانه حر الاصل ثابت النسب من المستولد و امه ليست بام ولده بل هي امه لمولاه كما في المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد امه الغير بنكاح ثبت نسبه ولا تصير الامه ام ولده **قوله** والتدبير مثل الاعناق لانه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية كما متناع التملك من الغير **قوله** وهذه دعوة تحرير اي دعوة البائع (قوله)

في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها **قال** وفي الجامع الصغير
واذا احبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد
اعتق المشتري الام فهو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعه ته
بأطلة وجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول
قام المانع من الدعوة والاستيلاء وهو العتق في النبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو
الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاه وكما في المستودعة بالنكاح
وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي النبع وانما كان الاعتاق مانعا
لانه لا يحتمل النقص كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاء فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت
من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق
لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله

قوله في العقد والغصب حتى اذا اشترى ام ولد الغير وماتت في يده لا يضمن المشتري قيمتها
وكذا وفصبتها فماتت لا يضمن عند أبي حنيفة **قوله** فهو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن
والفرق بين هذا وبين ما اذا مات الام فان ثمه يرد بجميع الثمن عند أبي حنيفة حر هو ان في الموت
لوثبت امومية الولد لا يبطل حكم من الاحكام ولا كذلك في اعتاقها لانه يبطل العتق
الثابت من المالك ولانه لو قلنا يبطلان العتق يلزم ابطال الحقيقة بالحق ولا يلزم على هذا
ما اذا باع احد التوأمين فاعتقه المشتري ثم ادعى البائع نسب الذي عنده ثبت نسبه
وبطل عتق المشتري لانه ضروري وكمن شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا **قوله** وليس من
ضروراته اي ثبوت امومية الولد ليس من ضروراته ثبوت النسب كما في ولد المغرور **قوله**
لانه لا يحتمل النقص اي الاعتاق لا يحتمل النقص كحق استحقاق النسب اي في الولد وحق
الاستيلاء اي في الام فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام
حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة (قوله)

(كتاب الدعوى باب دعوى النسب)

في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت **قال** ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقص وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب ام الولد او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقص فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعناق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري ولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص فصار كما عاقه **قال** ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حمل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولد اعنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذا المسئلة فروضه فيه ثبت حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لا في حر الاصل فبطل

قوله في الفصل الاول اراد به ما اذا ادعى البائع الولد وقد عتق المشتري الام يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح وذكر في المبسوط يرد حصته من الثمن لاحتصتها بالاتفاق وفرق بين الموت والعتق ووجهه ان القاضي كذب البائع في ما زعم حيث جعلها معتقة من المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فيؤخذ بزعمه فيسترد حصتها ايضا فان قيل يجب ان لا تكون للولد حصة من الثمن لانه حادث بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولدان حادث صورة بعد القبض فمن حيث المعنى حادث قبل القبض فان البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري كما قبل القبض بسبيل من الفسخ بالاستهلاك واذا كان حادثا قبل القبض معنى فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه بالدعوة ههنا فنصير له حصة من الثمن كما لو قتل الولد الحادث قبل القبض **قوله** ومن باع (عبدا)

(كتاب الدعوى باب دعوى النسب)

بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصود الحق دعوى البائع وهنا ثبتت بحريته فيه حرية الاصل فافتراضا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عند ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوى تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته:

عبد اولد صنده اي كان اصل العلوق في ملكه *

قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصود اي يعني لو بطل عتق المشتري في تلك الصورة انما يبطل العتق الثابت مقصودا بسبب حق دعوى البائع وان لا يجوز لان عتق المشتري عتق حقيقي وحق البائع حق الدعوى والحق ادنى من الحقيقة فلا يعارضها فكيف يرفعها وهنا اي في مسألة التوأمين ثبت تبع الحرية فيه حرية الاصل اي ثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل وهذا لان الذي صنده ظهر انه حر الاصل فاقضى ان يكون الآخر حرا الاصل فانه يستحيل ان يكون احدهما حرا الاصل والآخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد فكان هذا نقض الاعتاق بما هو فوقه وهو الحرية الثابتة باصل الخلقة بخلاف ما لو كان الولد واحدا لان العتق يبطل ثم مقصود الحق دعوى البائع وان لا يجوز وهنا ثبت الحرية في الذي عنده ثم تعدى الى الآخر ضمنا وتبعاً فتستغني من قيام الولاية هذا اذا كان اصل العلوق في ملكه فان لم يكن اصل العلوق في ملك البائع والمسئلة بحالها ثبت نسب الولدين من البائع ايضا لان التوأمين لا ينفكان نسباً وقد ثبت نسب الذي عنده لمصادفة الدعوى ملكه فيثبت نسب الآخر ضرورة ويعتق الذي عند البائع على البائع ولا يبطل عتق المشتري في الذي عنده ولا ينتقض بيعه لان هذه دعوى تحرير لا دعوى استيلاء لا فتقار دعوى الاستيلاء الى اتصال العلوق بملك من يد عبده واذا كانت دعوى تحرير تقتصر على محل ولايته وصار كان البائع اعتقها فيعتق من في ملكه فحسب وليس من ضرورة حرية احد التوأمين بعق عارض حرية الآخر فهذا لا يعتق الذي عند المشتري عليه *

(قوله)

قال وإذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبداً وإن جحد العبدان يكون ابنه وهذا عند أبي حنيفة ربح وقال إذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما أن القرارير تدبر العبد فصار كان لم يكن القرارير والقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لا يحتمل النقص الأثرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل فصار كما إذا أقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذب البائع ثم قال أنا اعتقته يتحول الولاء إليه بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذب به لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيضير كولد الملاءة لا يثبت نسبه من غير الملاءة لأن له أن يكذب نفسه ولا أبي حنيفة ربح إن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته والقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد النكذب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف

قوله الأثرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل لا يبطل مما لا يحتمل النقص وكذا الهزل ويطلق القرار بذلك فإن من أكره على الطلاق والعناق ففعل يقع الطلاق والعناق ولو أكره على القرار بهما فافتر لا يقع كما لو أكره على البيع وغيره مما يحتمل النقص ففعل فإنه لا يثبت فإذا ثبت أن القرار بما لا يحتمل النقص ملحق بما يحتمل النقص ثبت أنه يرتد بالرد **قوله** فبقي أي بقي القرار في حق المقر وإن لم يثبت في حق المقر كما إذا أقر بعتق عبد الغير وكذب به المالك ثم اشتراه يعتق عليه **قوله** فردت شهادته لتهمة كالفسق والقراة **قوله** ثم ادعاه لنفسه يعني لا يصح دعوة الشاهد لنفسه لما أنه أقر بأنه ثابت النسب من المدعي والقرار بالنسب مما لا يحتمل النقص **قوله** وكذا تعلق به حق الولد إنما قاله لأن القرار حق المقر فينبغي أن يرتد برده كما في القرار بالدين فقال (محمد)

ولو سلم فالولاء ند يطل باعتراض الاقوى كجبر الولاء من جانب الام الى قوم الاب
وندا عترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فبطل به بخلاف
النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة
بعد ذلك فيقطع دعواه اقرارا بالنسب لغيره *

قال واذا كان الصبي في يد مسلمة ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم
هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا

محمد رحمه الله هذا الاثر ليس بحق المقترن على التلخيص بل تعلق به حق الولد ايضا *
قوله ولو سلم الى آخره يعني ان الولاء اثر من آثار الملك فيكون حكمه حكم
الملك والملك يتحول من شخص الى شخص والثابت منه اذا طرأ على الموقوف
يرفعه وكذا الولاء يتحول ايضا من شخص الى شخص **قوله** كجبر الولاء صورته
معقنة تزوجت بعد وولدت منه اولادا فجنى الاولاد كان عقل جنايتهم على موالي
الام لان الاب ليس من اهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الام فان اعتق العبد
جروا الى الولد الى نفسه **قوله** ما هو اقوى وهو دعوى المشتري وانما كان دعواه اقوى لان
الملك له قائم في الحال ظاهر افكان دعوى الولاء الى نفسه بسبب الاعتاق مصاد فابطله
لوجود شرطه وهو قيام الملك **قوله** بخلاف النسب على ما مر اي في ولد الملاعنة فانه
لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن **قوله** وهذا يصلح مخرجا اي
قوله هذا ابن عبدي فمن يبيع الولد ويخاف ان يدعيه البائع فينتقض البيع فبأمر البائع
ليقر بالنسب لغيره خوفا من انتقاض البيع فان هذا يكون حيلة عند ابي حنيفة رحمه الله لان
الغائب لو صدق او كذب او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب لم يصح دعواه لمقر
عند ابي حنيفة رح والحيلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن فلان الميت حتى
لا يثبت منه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل ذكره شمس الائمة السرخسي رح (قوله)

ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا او فرلانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام
 مالا اذ دلل الواحد اية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس
 في وسعه اكتسابها * ولو كانت دعوتهم مدعوة البينة فالمسلم اولى ترجيح بالاسلام وهو اوفر النظرين *
قال واذا ادعت امرأة صبيانه ابنها لم يجز دعواه حتى تشهد امرأة على
 الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير
 فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها
 لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عم
 قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عندي حنيقة روج وقد مر
 في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزام على
 نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما
 وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاعني ذلك عن ابنة *

قوله ولا تعارض اي بين دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز ان يكون عبدا الواحد
 وابنا لآخر **قوله** وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا يعني لو جعلناه عبد للمسلم جعلناه مسلدا تبعا
 وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتساب الحرية **قوله** وهو اوفر النظرين لان القضاء
 بالنسب من المسلم قضاء باسلامه **قوله** ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج اعماقيد
 بذلك لان المرأة اذا لم تكن ذات زوج يكون القول قولها وان لم تكن ذات زوج يكون
 القول قولها من غير بينة كما في الرجل على ما ذكر في الكتاب بعد هذا ومن المشائخ من اجري
 المسئلة على اطلاقها ورد قولها وان لم تكن ذات زوج عملا باطلاق ما ذكر محمد رحمه الله
قوله بخلاف الرجل اي يصدق الرجل في دعوى الولد بدون شهادة القابلة لمعنيين
 احدهما هو ان دعواه دعوى ملوق الولد منه وذلك امر باطن لا يوقف عليه فيقبل قوله
 من غير حجة كما اذا علق طلاق امرأته بحيضها قبل قولها حضت لهذا اما المرأة فيمكنها (ا)

(كتاب الدعوى باب دعوى النسب)

وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره
فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما اولقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما
يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما
هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب
المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها **قال** ومن اشترى جارية
فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور
من يطاء امرأة معتددا على ملك يمين او تكاح فتلد منه ثم تستحق ولاد المغرور حر بالقيمة باجماع
الصحابة رضى ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حرا لاصل في حق ابيه رقيقا في حق
مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعة فلا يضمه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة
فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولومات الولد لاشي على الاب لانعدام
المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس يبدل عنه والمال لايه لانه حر لاصل في حقه

اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها ما يشاهد ويعاين فلم يقبل قولها الا بحجة
كما اذا علق طلاقها بدخول الدار فادعت المرأة الدخول وكذبها الزوج لا يصدق
الا ببينة لا مكان الاثبات بالبينة والثاني ان دعوى الرجل اقرار على نفسه بوجوب النفقة
والحفظ والتربية اما دعوى المرأة فاقرار على الزوج لا يلزمها شيء من ذلك والد دعوى
لا تقبل الا بحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه
ابنها من غيره فهو ابنهما هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه فان كان يعبر فالقول له
ايهما صدق ثبت نسبه بتصديقه *

قوله فيجعل الولد حرا لاصل في حق الاب لان مقصوده من الاستيلاء لعلاق ولده حرا اذ لو علم
بانعلاقه رقيقا لا يقدم على الاستيلاء فيجعل حرا لاصل تحقيقا لمقصوده **قوله** وكذا لو ترك مالا لان
الارث ليس يبدل عنه اي عن الولد بخلاف الدية لانها بدله فمنعها كمنع الولد فباخذ قيمته (قوله)

فيرثه ولو قتلته الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتلته غيره فأخذ ديبته لان سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعتها فلا يرجع به على البائع والله اعلم بالصواب *

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عجز ارضي الله عنه الرجم باقراره

قوله فيرثه فان قيل الولدان كان حرا في حق ابيه فهو رقيق في حق مدعيه فوجب ان يكون المال بينهما قاتلا الولد حرا الاصل في حق المدعي ايضا حنى لا يكون ولاؤه له وانما جعل رقيقا ضرورة القضاء له بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها **قوله** فاخذ ديبته قيد بالاخذ ذكر في المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع لا يتحقق في ما لم يصل اليه يد من البديل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البديل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد **قوله** لانه ضمن له سلامته يعني ان الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميعه ولم يسلم **قوله** كما يرجع بثمنه اي بالثمن الذي اداه المشتري الى البائع والضمير للمشتري وقيل بثمن المشتري اذا استحق او بثمن الولد لو تصور شراؤه فاستحقه احد والله اعلم *

* كتاب الاقرار *

اذا اقر الحر البالغ العاقل بحق الاقرار اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه وليس باثبات الحق وحكمه ظهور المقر به لاثبوت ابتداء الا ترى انه لا يصح الاقرار بالطلاق (و)

وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجب لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والد م لانه يبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام

والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه ولهذا قالوا لواقع غير بمائل والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اذا اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلمه عن طيب من نفسه فيكون تمليكاً مبتدأ منه على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده وانه ملزم على المقر ما اقر به لو وعد ليل على صدق المخبر به قال الله تعالى كونوا صابرين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والشهادة على نفسه هو الاقرار *

قوله وتلك المرأة باعترافها هي الغامدية وهي التي اقر الماعزانة زنى بها فقال رسول الله عليه السلام لانس اغديا انس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمت فلما جعل الانوار حجة في الحدود التي تدرك بالشبهات فلان يكون حجة في غيرها واولى **قوله** وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبه لانه قد ثبت حق الحرية له واستحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم **قوله** وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا اي في المال وغيره **قوله** بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته فانه اذا اقر بدين لرجل او ودعة او غصب او عارية فانه يصح لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى اذا اذن له فتدري بغيره فكان مسلطاً عليه من جهته (قوله)

(كتاب الاقرار)

الا اذا كان الصبي ما ذونا لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقربة لا تمنع صحة
 الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف ما لا لا يدري قيمته ويجرح جراحة لا يعلم
 ارشها وتبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به
 بخلاف الجهالة في المقر لان المجهول لا يصلح مستحفا * ويقال له بين المجهول لان النجهيل من
 جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه * فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج
 عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان * فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ماله قيمة لانه
 اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا يقيد له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا * والقول
 قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه * وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا

قوله الا اذا كان الصبي ما ذونا في التجارة كان اقراره جائزا بدين لرجل او غصب او رديعه
 او عارية او مضاربة لانه التحق بالاذن بالبالغ لدلالة الاذن على عقله ولا يصح اقراره بالمهر
 والجنانية والكفالة لانها غير داخل تحت الاذن اذا التجارة مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة
 المال بما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه فلم يكن تجارة مطلقة **قوله** وجهالة المقربة
 لا تمنع صحة الاقرار اعلم ان الجهالة التي تتعلق بالاقرار لا ينح عن ثلثة اوجه اما ان تكون
 الجهالة في المقر او في المقر له او في المقربة فالاولان يمنعان صحة الاقرار بخلاف الثالث اما جهالة
 المقر كما اذا قال لرجل علي الف درهم ويقول لزيد علي الف درهم لم يصح الاقرار لان زيدا
 في الدنيا كثير الان يبين وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لرجل لك
 علي احد الف درهم لان المقضي عليه مجهول وجهالة المقربة لا تمنع صحة الاقرار والبيان
 في ذلك الى المقر لانه هو المجمل فاليه بيانه كذا في شرح الطحاوي **قوله** والاقرار اخبار
 عن ثبوت الحق فيصح به اي يكون المقربة مجهولا **قوله** وكذا اذا قال لفلان علي حق
 لما بينا اي لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان
 علي حق ثم قال مفصلا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه (بيان)

(كتاب الاقرار)

وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة *
ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل * ويقبل قوله في القليل والكثير
لان كل ذاك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالاً عرفاً * ولو قال
مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقرب مال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب
عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيابه والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة ربح اند لا يصدق
في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل
جواب الكتاب وهذا اذا قل من الدراهم اما اذا قل من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين

بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراعى في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية *
قوله وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئاً فالقرار
صحيح ويلزمه به ما يبينه ولا بد من ان يبين شيئاً هو مال لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود
مالاً كان او غير مال الا ان لفظ الغصب دليل على المالية فيه فالغصب لا يرد الا على ما هو
مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئاً يكون اقراراً بشراء
ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد من ان يبين ما لا يجري فيه التمانع بين الناس
حتى ان فسر بحجة حنطة لا يقبل ذلك منه لان الاقرار بالغصب دليل على انه كان ممنوعاً
من بهته صاحبه حتى غلب عليه وهذا مما يجري فيه التمانع فاذا بين شيئاً بهذه الصفة
قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لا صل كلامه وبيان التقرير صحيح موصولاً كان او مفصولاً ثم
ان ساعدة المقر له على ما بينه اخذه وان ادعى غيره فالقول قول المقر مع يمينه لانه خرج
عن موجب اقراره بما بين فاذا كذبه المقر له فيه صار راد الاقراره يبقى دعواه شيئاً آخر عليه
وهو ذلك منكر فالقول قوله مع يمينه ولا فرق بين ان يبين شيئاً يضمن بالغصب او لا يضمن
بعد ان يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى اذا بين ان المغمصوب خمر فالقول قوله وكذلك
ان بين ان المغمصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن عند ابي حنيفة رحمه الله (و)

(كتاب الاقرار)

وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب * ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتبار الادنى الجمع * ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكتر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشرة درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه * ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف

واختلف المشائخ فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول وفي الايضاح وهذا اختيار مشائخ العراق لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوجة والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا وفي الايضاح واما اختيار اهل ما وراء النهر لا بد من ان يبين شيئاً له قيمة لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكاراً لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه واختار في الهداية قول هؤلاء حيث قال يجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة اي لان مطلق اسم الغصب يطلق على اخذ مال متقوم في العرف *

قوله وفي الابل بخمس وعشرين كان ينبغي ان يقدر فيه بخمس لانه يجب فيه شاة فكان غنياً فلنا هو مال عظيم من وجه حتى تجب فيه الزكاة وليس بعظيم من وجه حتى لا تجب فيه من جنسه فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيماً مطلقاً اذا المطلق ينصرف الى الكامل وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه تحقيقاً لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم وكذلك في كل جنس يريد به حتى لو اراد الابل تجب عليه من الابل خمسة وسبعون وهذا لان اقل الجمع ثلثة (فيحمل)

(كتاب الافرار)

الى الوزن المعتاد * ولو قال كذا كذا درهم لم يصدق في اقل من احد عشرة درهما لانه ذكر عدد دين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر * ولو قال كذا وكذا درهم لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عدد دين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره * ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم * ولو ثلث كذا بغبر واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه * وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزداد عليها الف لان ذلك نظيره **قال** وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة ايجاب وقبلي ينبي عن الضمان علي ما صرف في الكفالة *

فيحمل على ثلثة اموال ولو قال علي مال نفيس او كريم او خطيرا او جليل قال الناطقي لم اجده منصوعا وكان الجرجاني يقول يلزم مائتان ولو قال علي دريهم او دينير فعليه درهم تام ودينار تام لان الصغير قد يذكر لصغر حجمه بالتصغير فلا ينقص عن الوزن ولو قال حنطة كثيرة فهذا على خمسة اوساق والوسق ستون صاعا وهذا على قولهما لان النصاب في باب العشر يقدر بهذا واما على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فلا نصاب للحنطة فيرجع الى بيان المقرر * **قوله** الى الوزن المعتاد اي معتاد ذلك البلد قال في المبسوط ان كان في بلد يتبايعون على دراهم معروفة الوزن بينهم ينقص من وزن سبعة صرف الى ذلك لان تعيين وزن سبعة لم يكن بنص في لفظه وانما كان ذلك بالعرف الظاهر في معاملات الناس به وذلك يختلف باختلاف البلدان والاوقات ويعتبر في كل موضع عرف اهل ذلك الموضع ولو قال كذا درهم فهو درهم لانه تفسير للدينهم وذكر في التتمة وفتاوى القاضي فخر الدين لو قال كذا دينار فعليه دينار لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان ولو ثلث كذا بغبر واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه لانه لم يجمع بين ثلثة اعداد ذكر بلا عطف فلا بد من حمل الواحد على التكرار **قوله** وقبلي ينبي عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اي ضمن وسمي الكفيل قبيل لانه ضامن للمال وسمي الصك الذي هو حجة الدين قبالة * (قوله)

ولو قال المقر هو ودبعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه
 والمال محله فبصدق موصول لا مفصولا قال رضي الله عنه وفي نسخ المختصر في قوله قبلي
 انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لاحق لي قبل فلان ابراء عن الدين
 والامانة جميعا والامانة اقلهما والاوّل اصح * ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسى
 او في صندوقى فهو اقرار بالامانة في بدءه لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع
 الى مضمون وامانة فثبت اقلهما * ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اترنها او انتقدها
 او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاوّل والثاني كناية عن المذكور في الدعوى
 فكانه قال اترن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا
 لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء ينلو الوجوب *

قوله ولو قال المقر هو ودبعة ووصل اي في قوله علي قبلي لان آخر كلامه تفسير لاوله وهو يحتمل
 لما فسرناه فان قوله علي اي حفظه لا عينها لان المضمون على المودع الحفظ والحال محله فقد ذكر
 المحل واراد به ما يحمله فاحتمله اللفظ مجازا فيصح موصولا لا مفصولا **قوله** والاوّل اصح لان استعماله
 في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليه اجدر **قوله** لان الهاء في الاوّل والثاني كناية عن المذكور
 الاصل انه متى ذكر في موضع الجواب كلاما لا يستقل بنفسه يكون جوابا كما لو قال لي عليك
 الف او قال اتض الالف التي عليك فقال نعم فقد اقر بها لان قوله نعم لا يستقل بنفسه فقد اخرج
 مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه فكانه قال نعم اعطيك
 الالف التي لك علي ومتى ذكر في موضع الجواب كلاما يستقل بنفسه يجعل مبتداء فيه
 لا مجيبا الا ان يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذ لا بد من ان يحتمل على الجواب
 ولا يلزم على هذا المدعو الى الغداء لو قال والله لا اتغدى بنصرف الى الجواب بدون
 الكناية فان المعنى الذي يوجب حمله على الجواب في اليمين يوجب حمله على
 الابتداء ههنا لانه انما حمل على الجواب في مسألة اليمين لانه دخل المدعو في اليمين
 بيقين اريد به الجواب والا ابتداء فحمل على الجواب كيلا يلزم وجوب الكفارة باكل (غداء)

(كتاب الاقرار)

ودعوى الابرء كالتضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التملك يقتضي ساقية الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين **قال** ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بما ل وادعى حق لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدرهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة **قال** ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكرو ان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها درهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائتين اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رح لان المائة مبهمه والدرهم معطوف عليها بانوا والعاطفة لا تفسر لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدرهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عدد دين مبهمين واعقبها تفسير الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى تفسير فكان كلهما ثيابا *

غداء آخر بالشك وهذا المعنى يوجب حمله على الابتداء ههنا كيلا يلزم المال بالشك * **قوله** ودعوى الابرء كالتضاء لما بينا اشارة الى قوله والقضاء يتلوا الوجوب لان الابرء اسقاط وهو انما يكون في دين واجب عليه وكذلك دعوى الصدقة والهبة بان قال تصدقت به علي او وهبته لي لان هذا دعوى التملك منه وهو لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته لانهما يردان على الدين الثابت وكذا اذا قال احلتك به على فلان لان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون بدونه **قوله** وقد مرت المسئلة في الكفالة اي في باب الضمان منه ببيان الفرق وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا انه لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عدد دين مبهمين واعقبهما تفسير فانصرف اليهما لا يقال الاثواب لا تصلح مميز للمائة لانها ما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد القوصرة (با)

قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمر في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مطروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزم انه وكذا الطعام في السفينة والحظفة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمر من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرار بغصب المزروع **قال** ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابيوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت **قال** ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحلقة فله العيدان والكسوة لاطلاق الاسم على الكل صرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزمه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الاثواب واحد عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولا يبي يوسف رح بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب قولهم انما يسمى بذلك مادام فيها التمر والافهي زنبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان كان الثاني ظرفا للاول ووعاء له لزمه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحظفة في جوالق وان كان الثاني مما لا يكون ظرفا للاول نحو قوله غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح ان يكون ظرفا لما اقر بغصبه اولا فلغا آخر كلامه وان كان الثاني مما يحتمل ان يكون ظرفا وان لا يكون ظرفا يحتمل على الظرف عند محمد رح لانه حقيقة للظرف ومتى امكن حمله على الحقيقة يحتمل عليها كما في قوله غصبت ثوبا في عشرة اثواب فانه يلزمه عند محمد رح احد عشر ثوبا لان العشرة قد يكون وعاء للثوب الواحد لانه قد يسل الثوب النفيس في عشرة اثواب فصا رك قوله حظفة في جوالق وعند ابي يوسف رح وهو قول ابي حنيفة رح لم يلزمه الاثواب واحد لان الثوب الواحد لا يسلان في عشرة اثواب عادة فصا ريبا لان محل المصوب عشرة (١)

ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوق الشك والاصل براءة الذمم علي ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رح يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الي عشرة او قال ما بين درهم الي عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقال لا تلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رح تلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الي هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرّت الدلائل في الطلاق *

انواب هذا في كلمة في واما الحكم في كلمة من فمذكورة في الكتاب وهو ان يكون اقرارا بالغصب في الاول خاصة لان كلمة من لا ابتداء الغاية فيكون اقرارا بان مبدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع واما الحكم في كلمة علي نحو ان يقول غصبت اكافا علي حمارة فكان اقرارا بالغصب الاكاف خاصة والحمارة مذكور لبيان محل المغموص حين اخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل النصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهم ، علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة جمع سرير *

قوله ان حرف في يستعمل للبين والوسط فان قيل لم يأت استعماله في الآية للبين والوسط بل لمع اي مع عبادي قلنا لما ترددين المحلين وباعتبار حمله على البين والوسط لم يجب الزائد على الواحد فلا يجب الزائد بالشك علي ان حرف في قد يكون بمعنى علي ايضا كما في قوله تعالى ولا صلبنكم في جذوع النخل اي علي جذوع النخل وحمله علي هذا المعنى لا يوجب ايضا الذمة في الاصل براءة فلا يجوز شغلها بالشك **قوله** علي ان كل ثوب موعى وليس بوعاء يعني ان العشرة لا يكون وعاءا معنى لان الوعاء غير الموعى والثوب اذا لف في ثياب وكل ثوب يكون موعى في حق ما ورأته فلا يكون وعاءا الا الثوب (١)

فصل

ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصي له فلان او مات ابيه فورثه فلا قرار صحيح
لانه اقرب سبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه
الذي هو ظاهر فاذا كان لا يتحقق كون العشرة وعاء اللثوب الواحد كان آخر كلامه
لغوا وما قوله لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فهو منقوض على اصله فانه
لو قال غصبت كرايا في عشرة اثواب حرير عند محمد رحمه الله يلزمه الكل في هذه الصورة
ايضا مع ان عشر حرير لا يجعل وعاء الكرايا عادة ولو قال له علي من درهم الي عشرة او قال
ما بين درهم الي عشرة لزمه تسعة المسئلة مع اختلافاتها ودلائلها صرت في الطلاق ولو قال له
وعلي ما بين كرايا الي كرايا فعليه في قول ابي حنيفة رحمه الله كرايا شعير وكرايا حنطة
الا فقير حنطة لان التقير الآخر من الحنطة هو الغاية الثانية وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
يلزمه الكرايا ولو قال له علي ما بين عشرة دراهم الي عشرة دنانير فعند ابي حنيفة رحمه الله
يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير وقوله من كذا الي
كذا بمنزلة قوله ما بين كذا في جميع ما ذكرنا والله اعلم *

* فصل *

قوله ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم الي آخرها صورة المسئلة ان يقول لما في بطن فلانة
علي الف درهم ورثها من ابيه فاستهلكتها او كان ذلك دين لا يبه مات وانتقل اليه او وصية له من غيره
فاستهلكتها او كان دين علي فوصي له بذلك ولو جاءت بولدين حين فاما مال بينهما
ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين
قوله ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه بان وضعته لاقبل من ستة
شهر مذ مات المورث والموصي وان وضعته لاكثر من ستة اشهر لم يستحق شيئا الا ان تكون (١)

(كتاب الاقرار فصل)

فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يتقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا **قال** فان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحدا للمفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به **قال** ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجهها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه المرأة معتدة فمح اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت السبب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات المورث والموصي *

قوله فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما اذا التركة مبقاة على ملك الميت ما لم يصرف الى وارثه او الى من اوصى له به ولو جاءت بولدين حين فالمال بينهما فان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وان قال باع مني شيئا بالف درهم او اقرضني الف درهم لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا فان قيل هذا يكون رجوعا وان لا يصح وان كان موصولا قلنا لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل فتدريشبه على الجاهل فيظن ان الجنين ثبت عليه الولاية كالمفصل فيعامله ثم يقرب ذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا وكان كلامه هذا بيازا لارجوعا فلماذا كان مقبولا منه **قوله** وان ابهم الاقرار بان قال لحمل فلانة علي الف لم يصح عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح فيحمل عليه تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف رحمه الله ان الاقرار مطلقا ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة كما حمل اقرار العبد المأذون واحدا للمفاوضين على الاقرار بسبب التجارة (ولم

قال ومن اقرب شرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل والله اعلم *

ولم يحمل على الافرار بغير التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى يواخذ العبد به في حال رقه ويواخذ الشريك الآخر وفي الافرار بدين المهر وارش الجناية لا يواخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر ابدا ولا يبي يوسف رح طريق آخر وهوان هذا افرار صدر من اهله لاهله وقد احتل الجواز والفساد كما قاله محمدر حمة الله الا ان حمله على الجواز متعذرا لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بأن يعتبر شيئا اولي من الآخر فيتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد كما لو اشترى عبدا بالف ثم باعه من البائع مع عبد آخر بالف وخمس مائة وقيمتها سواء فان البيع يفسد في الذي اشتراه من البائع وان احتل الجواز لان للجواز جهتين ان يصرف اليه مثل الثمن الاول واكثر والجمع متعذر ولا رجحان لاحدهما على الآخر فحكمنا بالفساد ضرورة بخلاف ما لو اقرب بحمل لان طريق التصحيح متعين بالوصية ولا يزا حمة الارث لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب ايضا في الام لشبوع حقه في جميع التركة اما الوصية بحمل جارية او بحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة للتصحيح فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رحمه الله في صحة افراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة افراره مطلقا للحمل *

قوله ومن اقرب شرط الخيار بطل الشرط صورته ما اذا اقر لرجل بدين او فرض او غصب او ودعة او عارية قائمة او مستهلكة على انه فيه بالخيار ثلاثة ايام فالافرار جائز والخيار باطل اما جواز الافرار فلو جود الصيغة الملزمة بقوله علي او عندي لفلان واما الخيار فباطل لان الافرار اخبار فلا يليق به الخيار لان الخبر ان كان صادقا فهو صدق واختاره او لم يختره وان كان كاذبا لم يتغير باختيارة وعدم اختيارة وانما باشر اشراط الخيار في المعقود لتغيره صفة العقد ويخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه ولان الخيار في معنى التعليق (با).

باب الاستثناء وما في معناه

ومن استثنى متصلاً باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الشيء والحاصل بعده فيكون رجوعاً وقد مر الوجه في الطلاق ووقال له علي مائة درهم الا ديناراً او لا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قفيزه الدينار والقفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ولو قال له علي مائة درهم الا ثوباً لم يصح الاستثناء وقال محمد رح لا يصح فيهما وقال الشافعي رح يصح فيهما لمحمد رح ان الاستثناء ما لولا له لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رحمه الله انهما اتحد اجنسا م. ح. المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر بالشرط فساد دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشراط الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمتنع كون الكلام اقراراً والخيار يدخل على حكم اصل السبب فاذا بقي بقي حكم الاقرار وهو اللزوم *

* باب الاستثناء *

قوله وما في معناه اراد به ما كان بياناً مغيراً كالشرط وغيره لانه في معنى الاستثناء **قوله** لان الاستثناء مع الجملة اي مع صدر الكلام عبارة عن الباقي قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاماً **قوله** ولكن لا بد من الاتصال لانه بيان مغير فيصح موصولاً لا مفصولاً على هذا اجمع العلماء الا ابن عباس فعنده يعمل الاستثناء وان كان مفصولاً استدل بقوله عليه السلام لا غزون قريشاً ثم قال بعد سنة ان شاء الله فلنا لم يكن ذلك على وجه الاستثناء وانما كان على وجه الامثال لما امر به في قوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت وسواء استثنى الاقل او الاكثر وقال الفراء اذا كان المستثنى اكثر من الباقي لا يجوز الاستثناء به وهو قول مالك ورواية عن ابي يوسف رح **قوله** فان استثنى الجميع لزمه الاقرار هذا اذا (ا)

والمكيل والموزون او صافهما اثنان اما الثوب فليس بشئ اصلا

استثنى بعين اللفظ الذي تدل عليه في صدر الكلام بان قال نسائي طوالق الانسائي فانه لا يصح الاستثناء اما اذا قال نسائي طوالق الا هؤلاء او قال الافلانة وفلانة واستثنى الكل باسميهم يصح الاستثناء ولا يقع الطلاق عليهن وكذا الوفاة عبيدي احرار الاعبيدي لا يصح ولو قال الا هؤلاء او فلانا وفلانا وفلانا ذكر جميع عبده باسميهم يصح وهذا الفقه وهو ان الاستثناء تصرف لفظي فيستثنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم الا ترى انه اذا قال لامرأة انت طالق ست تعليقات الا اربعا يصح الاستثناء حتى يتبع تظليقتان وان كان المست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد له على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلاثا الا اربعا لما ذكرنا ان صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هو ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاجراء بعض ما تناوله صدر الكلام او للتكلم بالحاصل بعد النسيان انه انما صار كذا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا مرجع الى ذات اللفظ ويتصور ان يدخل في ملكه غير هذه الجوارى او العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاجراء بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد النسيان فلم يصح *

قوله والمكيل والموزون او صافهما اثنان اي انهما اثنان او صافهما حتى لو عينا تعلق العقد بعينهما ولو وصفا ولم يعين صار حكمهما كحكم الدينار ولهذا يستوي الجيد والردي فيهما فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة لانه تكلم بالالف صورة والعدييات التي لا تتفاوت كالمقدرات في ذلك اما الثوب والشاة فليس من جنس المقدرات معنى لانه لا يصلح ثمن فلم يكن استثناءه استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا فان قلت ان فاتت المماثلة من حيث الثمنية فقد بقيت من حيث المالية فلم لا يصح الاستخراج باعتبارها ملكت الاثنان منذرة لمالية الاشياء (لا)

(كتاب الاقرار..... باب الاستثناء وما في معناه)

ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون نمنا صلح بمقدرا للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون نمنا لا يصلح بمقدرا فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح * **قال** ومن اقرب شيء وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط اولانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال ائنان علي مائة درهم اذا امت او اذا جاء رأس الشهر او اذا انظر الناس لانها مقدرة فيصلح ان تكون مقدرة للدراهم المستثناة تكانه ذكر المقدر وترك المقدر لادالته المتدر على المتدر فكان استثناء الدراهم من الدراهم معنى وما لا يصلح نمنا لا يكون من المقدرات فلا يصلح مقدار للدراهم المستثناة لافتقار المقدر اليه ان يكون مقدار فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح الاستثناء لانه استخراج معنى ولم يصح الاستخراج معنى فيبطل *

قوله ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة احتراز عن السلم **قوله** فصار بقدره مستثنى من الدراهم فصار كانه ذكر المستثنى والمستثنى منه بلفظ الدراهم وفي الذخيرة ان كان للمستثنى مثل من جنسه كالكيل والوزني والعددي المتقارب نحو ان يقال ائنان علي دينار الادرهما او الاخير حطة او الائمة جوزة صح الاستثناء وي طرح قدر قيمة المستثنى من المقربة وان كانت قيمة المستثنى تأتي على جميع ما اقرب به لا يلزمه شيء وان لم يكن للمستثنى مثل من جنسه نحو ان يقول ائنان علي دينار الاثوب او قال الاشاة لا يصح الاستثناء اجماعا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله **قوله** لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق وفي الجامع لثاوي خان رحمه الله قال ابو يوسف رحمه الله التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال وقال محمد رحمه الله عليه تعليق بشرط لا يوقف عليه ونمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف رحمه الله لا يقع لانه ابطال وقال محمد رحمه الله يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط **قوله** لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل (١)

(كتاب الاقرار.....باب الاستثناء وما في معناه)

لانه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا * **قال** ومن اقرب دار واستثنى بناها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لانظا والاستثناء تصرف في الملقوط والفص في الخاتم والنخله في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبع اللفظ بخلاف ما اذا قال الاثلثا او الايتامنه لانه داخل فيه لفظا * ولو قال ببناء هذه الدار لي والعرضه فلان فهو كما قال لان العرضه عبارة من البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء فلان بخلاف ما اذا قال مكان العرضه ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار * ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه وام اقبضه فان ذكر عبد بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينه والتاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعته وانما بعتك عبد غير هذا وفيه المال لازم على المقر لا ثمرارة به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالى باختلاف السبب

التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لا يصير كذا بالغوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا لوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه تبين به انه ليس بايقاع مالم يوجد الشرط * **قوله** لانه في معنى بيان المدة اي من حيث العرف لان هذه الاشياء تذكر في العادة لبيان محل الاجل فاعتبرا اقرارا بدين مؤجل **قوله** لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى اللفظ اي البناء داخل في لفظ الاقرار بالدار تبعا لامقصودا باللفظ والدليل على هذا فصل البيع فان البناء في بيع الدار يدخل تحت البيع تبعا حتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بدق بلنه بل يتخير المشتري بخلاف ما اذا قال الاثلثا او ببيتا منها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت لان البيت في لفظ الدار دخل مقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته من الثمن ولو قال ببناء هذه الدار لي والعرضه فلان فهو (كما)

بعد حصول المتصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان
لا يلزم المقرشي لانه ما اقرب المال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه
كما قال ابي يكون البناء له والعريضة لغلان وكذا اذا قل بياض هذه الارض لغلان وبناء هالي
لان ما تضمنه النطق من قصر الحكم سابق على مجرد الساحة منع دخول الوصف في
ذاك الحكم بطريق التبعية فلا يكون هو مقرا بالوصف فلا يكون في قوله وبناء هالي راجعا
عما اقرب به بخلاف ما اذا ذكر مكان العريضة راجعا حيث يكون البناء للمقر له وفي الذخيرة
واعلم بان هذه خمس مسائل وتخريجها على اصلين احدهما ان الدعوى قبل الاقرار
لا يمنع صحة الاقرار بعده والدعوى بعد الاقرار في بعض ما دخل تحت الاقرار
لا يصح والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفنا
هذا فنقول اذا قل بناء هذه الدار لي وارضاها لغلان انما كانت الارض والبناء لغلان
لان بقوله البناء لي ادعى البناء ويقول الارض لغلان اقرار لغلان بالبناء تبع الاقرار بالارض والاقرار
بعد الدعوى صحيح واذا قل ارضها لي وبناء هالي فلو كان يقول ارضها لي يقول ارضها لي
ارضها لي ادعى البناء لنفسه تبع ويقول البناء لغلان اقرار لغلان بالبناء تبع الاقرار بعد الدعوى
صحيح ويؤيد ذلك بقول المقر له البناء من ارضه واذا قل ارض هذه الدار لغلان وبناء هالي فالارض
والبناء كلاهما للمقر له لان بقوله ارضها لغلان اقرار لغلان بالبناء تبع ويقول بناء هالي ادعى البناء
لنفسه والدعوى بعد الاقرار في بعض ما قلناه الاقرار لا يصح واذا قل ارض هذه الدار لغلان
وبناء هالي لغلان آخرنا الارض والبناء كلاهما للمقر له الاول لان بقوله ارض هذه الدار لغلان
صار مقر الغلان بالبناء تبع الارض ويقول وبناء هالي لغلان آخر حصل مقر على الاول والاقرار
على الغير لا يصح واذا قل بناء هذه الدار لغلان وارضاها لغلان آخر فهو كما قال لان بقوله
اولا بناء هذه الدار لغلان آخر صار مقرا بالبناء له ويقول ارضها لغلان صار مقر على الاول
بالبناء الثاني واقرار الانسان على غيره باطل *

قوله بعد حصول المتصود وهو سلامة العبد بيان ان المقر له ادعى وجوب الالف بسبب بيع (١)

ولو قال مع ذلك انما بعثتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عبته والآخر ينكر
والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر
عبدا بعبته * وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند
ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على
وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارية بان اشترى
عبدا ثم نسيه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان
كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصل صدق
ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقرانه باعه
متاعا فالقول قول المقر وجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان واقفه الط لب
في السبب وبدلا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب
كان هذا من المقر بيا نامغير الان صدر كلامه للوجوب مطلقا واخره يحتل انتفاءه على اعتبار
عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا * ولو قال ابتعت منه عبنا الا اني لم اتبضد فالقول
قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن *

الاخر والمقر اقرب بسبب شراء هذا العبد فلا يبالى بالاختلاف بعد اتفاقهما على وجوب الثمن كما اذا
اقر بالف من ثمن متاع والمقر له يتول انه غصب او قرض لا يبالى باختلاف السبب كذا هنا *
قوله ولو قال مع ذلك انما بعثتك غيره اي مع انكار العبد المقر به يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر
قوله واذا تحالفا بطل المال اي بطل المال من المقر والعبد سأل لمن في يده **قوله** وانكاره القبض
في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان ثمن عبد غير معين لا يكون واجبا على المشتري
الا بعد القبض لان ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك لانه لا طريق للوصول اليه فانه ما من
عبد يحضره الا للمشتري ان يقول المبيع غير هذا وتسليم الثمن لا يجب الا باحضار المبيع
فعلم انه في حكم المستهلك فكانه اقر بالقبض ثم رجع **قوله** وقال ابو يوسف (ومحمد)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وحصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر او الخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقال اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال * ولو قال له علي الف درهم من ثمن مناع او قال اقرصني الف درهم ثم قال هي زيوف او نهرجة وقال المقر له جيا د لزمه الجيا د في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ان قال موصولا بصدق وان قال منفولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي متوتة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن مناع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا

ومحمد رحمه الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد اي صدقه في الاصل وكذبه في الجهة وان اقرانه باعه متاعا اي صدقه في الاصل والجهة بان اقرانه باعه عبدا قال قول المقر وحاصل مدعيهما انه ان صدقه المقر له في ان ذلك من ثمن عبد يصدق وصل ام فصل وان كذبه في ذلك لم يصدق الا اذا كان موصولا ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال وبين له سببا فاذا صدقه المقر له في ذلك السبب ثبت السبب بتصادقهما ثم المال بهذا السبب يكون واجبا قبل القبض ولكن انما يتأكد بالقبض والمقر ينكر فجعلنا القول قوله في انكاره القبض وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيا ناه غير المقضي اول الكلام لان مقتضى اول كلامه ان يكون مطالبا بمال للحال ولكن احتمل ان لا يكون مطالبا به حتى يحضر العبد وبيان التغير يصح موصولا ولا يصح مفصولا *

قوله وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير وانما قال ومعنى المسئلة بيان الاسم الاشارة في قوله وكذا لزمه الالف (و)

لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والاستoque بمجازة الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولا يبي حنيفة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزينة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعنقه معيار قال المشتري بعنيه سليما فالتقول للمشتري لما بينا والاستoque ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وتوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة

ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فثن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم فاول كلامه يدل على الوجوب والرجوع لا يعمل وصل ام فصل كما لو قال علي الف درهم من ثمن متاع باعنيه الا اني لم اقبض فانه لا يصدق في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا وصل صدق ولا يلزم شيء لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الا يجاب نصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى فلنا ذلك تعليق وهذا ابطال اي قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوتف عليه والتعليق بالشرط من باب التغيير فيصح موعولا لان الارسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين اهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرد ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب المال لا يصح *

قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته لانه من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدالا الا ان مطلق الدراهم يتناول الجياد ولان بيعات الناس تكون بالجياد فكان مغيرا للاصل فاذلك يشترط الوصل وكذا الستoque تسمى دراها مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان فيه تغيير فصيح وصار كما لو قال الا انها وزن خمسة اوستة ونقد بدرهم وزن سبعة صدق ان وصل **قوله** فالتقول للمشتري لما بينا اي ان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب * (قوله)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر او الخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقال اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بحر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال * ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نهرجة وقال المقر له جيا لزمه الجيا في قول ابي حنيفة رح وقال ان قال موصولا يصدق وان قال منفصلا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي متوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا

ومحمد رحمه الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد اي صدقه في الاصل وكذبه في الجهة وان اقرانه باعه متاعا اي صدقه في الاصل والجهة بان اقرانه باعه عبدا فالقول قول المقر وحاصل مذهبهما انه ان صدقه المقر له في ان ذلك من ثمن عبد يصدق وصل ام فصل وان كذبه في ذلك لم يصدق الا اذا كان موصولا ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال وبين له سببا فاذا صدقه المقر له في ذلك السبب ثبت السبب بتصادقهما ثم المال بهذا السبب يكون واجبا قبل القبض ولكن انما يتأكد بالقبض والمقر ينكر فجعلنا القول قوله في انكاره القبض وان كذبه في السبب كان هذا من المقربا نا مغير مقتضى اول الكلام لان مقتضى اول كلامه ان يكون مطالبا بمال للحال ولكن احتمل ان لا يكون مطالبا به حتى يحضر العبد وبيان التغير يصح موصولا ولا يصح منفصلا *

قوله وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير واما قال ومعنى المسئلة بيان الاسم الاشارة في قوله وكذا لزمه الالف (و)

لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والاستوقة بمجازة الا ان مطلته ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولا يبي حنيفة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزياة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجه وصار كما اذا قال بعته معيبا وقال المشتري بعته سليما فالقول للمشتري لما بينا والاستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة

ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فثن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم فاول كلامه يدل على الوجوب والرجوع لا يعمل وصل ام فصل كما لو قال علي الف درهم من ثمن متاع باعنيه الا اني لم اقبض فانه لا يصدق في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندها اذا وصل صدق ولا يلزم شيء لانه بين آخر كلامه انه ما اراد به الاتجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى فلنا ذلك تعليق وهذا ابطال اي قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب التغير فيصح موصولا لان الارسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين اهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرجوع ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب المال لا يصح *

قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته لانه من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدال الا ان مطلق الدراهم يتناول الجياد ولان بيعات الناس تكون بالجياد فكان مغيرا للاصل فلذلك يشترط الوصل وكذا الاستوقة تسمى دراهم مجازا والنقل من الحقيقة الى المجازيان فيه تغيير فصيح وصار كما لو قال الا انها وزن خمسة اوستة ونقد بدرهم وزن سبعة صدق ان وصل **قوله** فالقول للمشتري لما بينا اي ان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب * (قوله)

لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كرحطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة ربح في غير رواية الاصول انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفاً كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالحياد فانصرف مطلقه اليها * ولو قال لعل علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الافرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم * ولو قال اغتصبت منه الف اوقال اود عني ثم قال هي زيوف او بهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضي له في الحياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا الجاء راد المغمصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله

قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار لان الصفة ليست مما يتناولها اسم الدراهم حتى استثنى وانما ثبت وصف الجودة لمقتضى مطلق العقد **قوله** لان الرداءة نوع لا عيب فان العيب ما ينح عنه اصل الغطرة والحنطة قد تكون ردية في اصل الخلقة فهو في معنى بيان النوع وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشرى بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسطا وردية الا ترى انه لو قال بعتك هذه الحنطة واشترى اليها والمشتري كان رآها فوجد هاردية ولم يكن علمها لم يكن له خيار الرد بالعيب ولو قال بعتك بهذه الدراهم واشترى اليها وهي زيوف ولم يعلم بها البائع استحق مثلها جياذا الزيادة فيها فعلم ان الزيادة عيب **قوله** وقيل لا يصدق اي عند ابي حنيفة رحمه الله **قوله** فلا مقتضى له في الحياد ولا تعامل اما لا مقتضى فلما ذكر ان المقتضى هو عقد المعاوضة ولم يوجد وقوله لا تعامل اشارة الى الجواب عن فصل القرض فان في القرض ان لم يوجد لمقتضى فقد وجد التعامل والناس انما يتعاملون بالحياد فينصرف الى الحياد ولم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف الى الحياد * (قوله)

وعن ابي يوسف ر ح انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذا القبض فيهما هو الموجب للضمان * ولو قال هي ستوفة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوفة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانها مغيرا فلا بد من الوصل * وان قال في هذا كله الغائم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والى الاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيادة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه * ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم * ومن قال لا خراخذت منك الف درهم وديعة فهل يكتفى قال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطينها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والاخر ينكرة فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكرة مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليد لا بد الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة

قوله وعن ابي يوسف ر ح انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اي اذا قال غصبت الغائم قال هي زبوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض **قوله** اذا القبض فيهما اي في الغصب والقرض لان القرض على رواية الاصل مثل البيع وفي البيع لا يفصل فكذا في القرض والغصب مثل القرض لانه انما وجب الضمان فيهما بالقبض فلا يصدق فيه ايضا **قوله** يتناولها مجازا المشابهة بين الستوفة والدراهم من حيث الصورة **قوله** ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس او بسبب اخذ السعال فعن ابي يوسف ر ح انه يصح وصله بعد ذلك وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفو **قوله** اقر بسبب الضمان (و)

(كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه)

فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك ودبعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخر ينكره فافترا * فان قال هذه الالف كانت ودبعة لي عند فلان فاخذتها منه فقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقرب اليه وادعى استحقاقها عليه وهو ينكره فالقول للمنكر * ولو قال اجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردّها او قال اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه وردّه وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة ر ح وقال ابو يوسف ومحمد ر ح القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو الثيباس وعلى هذا الخلاف الا عارة والاسكان * ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضه وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف

وهو الاخذ ودلالة كون الاخذ سببا للضمان قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى يرد هذا تناول رد العين حال بقائه او رد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل وقوله ودبعة رجوع عما اقربه لانه دعوى البراء فلا يصدق بدون البينة كدعوى المشتري باجل الثمن بعد ما اقربه والبائع يدعي معجلا فان قيل ينبغي ان يصدق ويجعل قوله ودبعة بيان تغيير كما لو قال لي فلان علي الف ودبعة قلنا صدر الكلام هنا موجب الغصب على ما ذكرنا فلا يحتمل الودبعة وبقولهم ودبعة يكون دعوى مبتدأ لا بيان ما احتمله صدر الكلام واما قوله لفلان علي الف يحتمل الودبعة يعني على حفظه فيكون قوله ودبعة بيان تغيير فيصدق موصولا *

قوله فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان لان الثابت ضرورة عدم في غير موضوعها **قوله** فان قال هذه الالف كانت ودبعت لي صد فلان فاخذتها الي قوله والقول المنكر ابي بالاجماع وان قال اجرت دابتي هذه فلانا الي قوله وقال القول قول الذي اخذ منه الدابة هذا كله اذا لم يكن الدابة والثوب معروفا انه للمقر ما لو كان الثوب معروفا انه للمقر او الدابة والدار فقال قبضته فيه فكان القول قول المقر في قولهم لان الملك فيه معروف للمقر **قوله** وعلى هذا الخلاف (الا

في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورة تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدم ما نينا وراء الضرورة فلا يكون اقرار اليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقرب يد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقترضته الغائم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بتبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافتراقا *

الاعارة والاسكان بان قال اعرتك داري هذه ثم رددت علي او اسكنتك داري هذه ثم رددت علي وقال الآخر الدار داري *

قوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول في هذا قول المقر بالاجماع **قوله** وجه القياس ما بيناه في الوديعة وهو قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاتها عليه وهو منكر فيكون القول قوله في كيفيته **قوله** وقد تكون من غير صنعه كاللنطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت به الريح فالقته في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا المودع اذا مات الوديعة في يد وارثه وديعة وان لم يدفع اليه صاحبها فتثبت ان الاقرار بالوديعة لا يدل على اثبات اليد له من قبله حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف **قوله** وليس مدار الفرق على ذكر (١)

(كتاب الاقرار.....باب اقرار المريض)

ولو اقران فلان زرع هذه الارض اوبنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر
فادعاهما فلان وقال المقر لابل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر
لانه ما اقر له باليد وانما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في يد ملك المقر وصار كما اذا قال
خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول
للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخبط ثوبا في يد المقر كذا هذا *

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب
معلومة فدين الصحة والدين المعروفة الاسباب مقدم وقال الشافعي رح دين المرض
ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما

الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها الاجارة والاسكان
هذا احتراز عن قول الامام القمي فانه قال انما وجب الرد في مسئلة الوديعة لانه قال فيها
اخذتها منه فيجب جزاءه وجزاء الاخذ الرد وهما قال فردها علي فافترا لا فتراقهما في الوضع وهذا
ليس بشيء لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار وهما في الاجارة واختبها
وذكره ان الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب ان اليد في باب الوديعة مقصودة الى آخره *

قوله ولم يقل قبضته منه قيد حتى لو قال ثم قبضته منه كان على الخلاف **قوله** لانه ما اقر باليد
انما اقر بمجرد الفعل منه هذا احتراز عما اذا اقر الرجل ان فلانا ساكن في هذا البيت
وادعي فلان البيت فانه يقضي به للساكن على المقر لان السكنى يثبت اليد للساكن
على المسكن واقراره باليد للغير حجة عليه ومثبت باقراره كالمعاين في حقه كذا في المبسوط
قوله وقد يخبط ثوبا في يد المقر بان خاط في بيت المقر والله اعلم *

* باب اقرار المريض *

قوله والديون المعروفة الاسباب كما اذا استقرض مالا في مرضه وعابن الشهود دفع (المقرض)

وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولما ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحابة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو يهمل المثل وبخلاف المبايعة بسئل القسمة لان حق الغرماء تعلق بالملايد لا بالصورة وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التتميم وهذه حاله العجز *

المقرض المال اليه او استقرى شيئا من اعيان الشهود قبض المبيع او ساجر شيئا ببيعة اشهودا وتزوج امرأة بهن من اعيان الشهود النكاح ودليه ديون الصحة فان هذه الديون تساوي ديون الصحة *

قوله وهو الاقرار بالخضار عن عقل ودين وانما تعرض لهذين الوصفين لان العقل والدين بمنعان المرء عن الكذب في اخباره والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته فلا يكذب في اقراره لوجود هذين الوصفين في المنزلة في هذا التفاوت بين ان يكون المقر صحيحا او مريضا بل المرض يزداد رجحان جانب الصدق لما ان المرض حالة التوبة والاثابة ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وهي ذمة الحر البالغ العاقل **قوله** ولهذا منع من التبرع والمحابة الا بقدر الثلث هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية وهو ان المريض لما تعلق بماله حق الوارث ولا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو اضعف الحقين فلان يمنع فيما اذا تعلق به حق **قوله** هو اقوى ما ولي وفي هذا جواب ايضا عما ادعاه الشافعي من استواء حالة الصحة وحالة المرض **قوله** بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب ان له نساء او جاري او هو شيخ كبير لا يولد له عادة وتزوج آيسة فلما النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لا اصل الوضع لا للحال فان الحال مالا يوقف عليها ايبنى الامر عليها **قوله** وهذه حاله العجز يعني انه لما مرض الانسان مرض الموت وعجز عن الاكتساب فلوم يتعلق حق الغريم بالمال ولم ينتقل من الذمة اليه بنوي دينه لان المريض يتلف المال سريعا فيؤدي الى ابطال حقه فيهم * (قوله)

(كتاب الاقرار..... باب اقرار المريض)

وحالة المريض حالة واحدة لانه حالة الحजर بخلاف حالتي الصحة والمريض لان الاولى حاله اطلاق
 وريده حالة عجز واقتراوا انه تقدم المعروفه الاسباب لانه لا تهمته في ثبوتها اذا المعايين لامرد له
 وذلك مثل بدل مال ملكه واستهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين
 مثل دين الصحة لا يقدم احد هـا على الآخر طالما **قال** * ولو اقر بعين في يده لاخر لم يصح في حق
 غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان
 في ايتار البعض ابطال حق الباقيين وغرماء الصحة والمريض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض
 في مرضه او قد نسي ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة **قال** واذا قضيت يعني الديون المتقدمة
 وبطل شيء يصرف الى ما اقربه في حالة المريض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق
 غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته **قال** فاذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز
 اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه
 اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية
 وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يتقدم حاجته في التكفين **قال** واذا اقر المريض لورثته
 لا يصح الا ان يصدق فيه بيمينه **قال** الشافعي رحمه في احد قوايد يصح لانه اظهر حق ثابت
قوله وحالة المريض واحدة اي حالة اول المريض وحالة آخر المريض بعد ان يتصلها الموت
 حاله واحدة هذا جواب سوال مقدر يريد على قوله لان حق غرماء الصحة يتعلق بهذا المال
 بان يقال لو كان تعلق الدين المتقدم مانعا عن الاقرار بدين آخر ينبغي ان لا يصح اقرار
 المريض بالدين ثانيا بعد ما اقر اوله في حال مرضه لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح
 اقراره في حال المرض اذا كان له غرماء الصحة لتعلق حق غرماء الصحة بماله فاجاب
 عنه وقال ليس كذلك لان الاقرارين في حالة المرض بمنزلة اقرار واحد لكون احوال المرض
 بمنزلة حالة واحدة في حق الحजर كما ان احوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الاطلاق
قوله وغرماء الصحة والمريض في ذلك سواء اراد من غرماء المرض ما يكون لهم الاسباب
 المعروفة لان حق الكل في التعلق بماله على اعتبار الموت على سواء **قوله** الا اذا قضى (ما)

لترجح جانب الصدق فيه وصار كالإقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للمواريث
والأفوله دم لا وصية لمواريث ولا إقرار له بالدين ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا
يسنع من التبرع على الواريث أصلا ففي تخصيص البعض بإبطال حق الباقيين ولأن
حالة المرض حالة الاستغناء والتبرأ به سبب التعلق إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق
الاجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس
عن المعاملة معه ولما تقع المعاملة مع الواريث ولم يظهر في الإقرار بوارث آخر لحاجته
أيضاً ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فإذا صدقوا فقد أبدى يصح إقراره *

ما استعرض في مرضه أو قد ثمن ما اشتري في مرضه قد علم بالبيينة لانه ليس فيه إبطال
حق الغرماء لانه حصل في يده مثل ما نقد وحق الجرماء يتعلق بمعنى الشركة لا بالصورة
فإذا حصل له مثله لا يعد تغويتاً بخلاف ما لو قضى مهوراً لمرأة تزوجها في المرض أو أجرة
دار أسأجرها لم يسلم إلهما ويشاركهما غرماء الصحة لأن ما حصل له من النكاح وسكنى الدار
لا يصلح يتعلق حقهم فكان تخصيصهما إبطاً لحق الغرماء كذا في المسبوط *

قوله لترجح جانب الصدق إذا عقل بمنعه عن الإقدام على الكذب وبالمرض يزداد الامتناع
لكونه حالة الندم والاثابة **قوله** وبوارث آخر والجامع هو أن حق الباقيين كما يبطل
بتخصيص البعض بالإقرار بالدين فكذلك يبطل حقهم بالإقرار بوارث آخر وهو صحيح
بالإتفاق فينبغي أن يصح هذا الإقرار أيضاً إن كل واحد من الإقرارين **قوله** إقرار المريض
قوله وبوديعة مستهلكة أي إقرار باستهلاك وديعة كان ثبوتها معاينة وفي مع الكبير أودع
إياه الف درهم في حال صحة الأب أو مرضه بمعاينة الشهود فلما حضر الأب الموت قال
استهلكتها وانكر ذلك سائر الورثة فإن إقرار المريض جائز وجوابنا عن ذلك أن الوارث يعتبر
إقراره بصير مجهلاً ويجب الضمان فلا يفيد رد الإقرار ولأن تصرف المريض أناراً للتهمة
ولا تهمة في المعاينة **قوله** ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه فإن قيل حق الورثة إنما
يظهر بعد الفراغ عن حاجته فإذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل (لا)

(كتاب الاقرار.....باب اقرار المريض)

قال وان اقر لا جنسي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا لما نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه اثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل **قال** ومن اقر لا جنسي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لا جنسية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها وجه الفرق ان دعوة النسب تستد الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فتبي اقراره لاجنسية **قال** ومن طلق زوجته في مرضه ثم اقرها بدين ومات فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانها ما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود لورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصم اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فثبت * لا يكذب على نفسه جزافا وبالمرض به داد جنة الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى العتق فيه عنه على الصدق قلنا الاقرار ايصال نفع الى الوارث من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقيين ووجوب الدين لم يعرف الابغراء وهو متهم فيه لجواز انه اراد به الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب ان يتوقف صحته على رضا الباقيين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء في تحصيل المقصود به انشاء لا يتمكن التهمة في اقراره الا ترى ان يصح اقراره بالبيع قبل العزل لابعده ولان تعلق حق الورثة بماله في المرض لا يظهر في حق الاجنبي لكثرة حاجته الى المعاملة معد في الصحة فلما انحجر عن الاقرار بالمرض يستع الناس عن المعاملة معه وبخلاف الاقرار بوارث آخر لحاجته الى ابقاء نسله فلا ينحجر بحق الورثة كما لا ينحجر عن الاتفاق لبقاء نفسه فان قيل لو اقر لامرأة بمهرها صدق الى مهر مثلها قلنا لا تهمة في حق اقراره لوجوب مهر مثل لان وجوب مهر المثل بحكم صحة النكاح لا باقراره الا ترى ان عند المنازعة جعل القول قولها الى مقدار مهر مثلها ولهذا الواقرها زيادة على مهر مثلها بطلت الزيادة لان وجوبها باعتبار اقراره وهو متهم في حقها لانها من ورثته *

قوله وان اقر لا جنسية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها قيد بالاقرار لانه لو وهب لها هبة (او)

فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله

وليس له نسب معروف انه ابنة وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذا المستلثة وضعها في غلام يعبر من نفسه بخلاف الصبي ما صرح من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته **قال** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير * ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابله لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق او وصى لها بوصية ثم تزوجها يبطل لان ذات ملك بعد الموت وهي وارثه ح وان اقر المريض لاخته وللمقرابن فمات الابن قبله ثم مات المقران اقراره للاخ باطل لان المريض محجور عن الاقرار للوارث والاخ وارث الا انه محجوب بالابن فاذا زال الحاجب قبل الموت صار وارثا بسبب الموجود وقت الاقرار فاستند الحجر اليه وما في الاجنبية فسبب الارث يثبت بعد الاقرار فلا يمكن استناد الحجر اليه ما قبل العلة والله اعلم *

* فصل من اقر بغلام يولد مثله لم

قوله لان النسب مما يلزمه خاصة قال الله تعالى ادعوهم لابائهم وعلى المولود له رزقهن ولان مؤنة الولد على الاب خاصة فيكون اقراره به على نفسه فيقبل من غير تصديق الام **قوله** على ما مر من قبل اي في فصل التنازع بالايدي من كتاب الدعوى **قوله** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى اي اذا صدقه الا الولد اذا كان صغيرا في يده **قوله** لما بينا اي لانه اقر بما يلزمه (قوله)

(كتاب الاقرار ... باب اقرار المريض ... فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله)

وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة صح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار *

قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى وهو اذكر في باب دعوى النسب انها اذا كانت ذات زوج لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها **قوله** ويقبل اقرار المرأة بالوالدين ذكر في بعض الفوائد ينبغي ان يقال بالوالد لانه يترأى تناقضا لان هذا الكلام يقضي ان احدا لو قال هذه امي وصدقته يصح وذكر بعد هذا ان اقرار المرأة بالولد لا يصح قلت هذا ليس بتناقض لان الكلام ثمة في اقرار المرأة بالولد وهنا في اقرارها بالوالدة ولا مانع من صحة اقرارها بالوالدة اذ ليس فيها التزام النسب على الغير فيصح لكن الكلام في تصديقها فانه يصح في حال وهو ما اذا لم تكن ذات زوج ولا يصح في حال وهو ما اذا كان لها زوج فثبت ان اقرار المرأة بالوالدين يصح مطلقا وتصديقها لابنته يصح في حال دون حال ومثل هذا لا يعد تناقضا وهذا واضح جدا **قوله** وقد مر لان سبب ثبوت النسب من الرجل خفي وهو الوطي ولا يقف عليه غيره فيقبل فيه مجرد قوله وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة ويمكن ان يقف عليها غيرها وهي القابلة فلم يكن مجرد قولها فيه حجة **قوله** لان حكم النكاح باق لانه مالک فبقي ملكه الى انقضاء العدة ولهذا حل لها ان تغسله فاعتبر تصديقها بخلاف جانبها لانها مملوكة وذا حق عليها **قوله** يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وهذا لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب على السواء والمنتهي متقرر في نفسه فيصح التصديق وهذا لان التصديق (قد)

قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولي بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يراحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعة يستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر لم يثبت له ميراثه الا ان كان للموصي له ثلث جميع المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلة حتى لو ربح ربحه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصي له ولولم يوص لاحد كان بيت لمال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار *

قد وجدوا الاقرار قائم لان التكذيب من المقر لم يوجد والمقربه وهو النكاح يبقى بعد موتها في حق الميراث لو ثبت النكاح معاينة فكذا اذا كان باقراره يبقى بعد موتها في حق الميراث ايضا وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت واما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لان الارث لم يكن مستحقا وقت الاقرار وانما يستحق بعد الموت والتصديق اذا صح يستند الى وقت الاقرار وتلك الحالة ليست بحالة جريان الارث فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبارات سببها فان قيل اذا اقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا فكيف يكون بعد الاقرار ثم صدقه للمقر له استحق الكسب والارث في مسئلتنا كذلك قل ان سبب يقع ملكا من الابتداء لما لك الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقه ذلك دعوى ارث مبتدأ *

قوله قريب او بعيد نحو ان يقر باخ وله عمه او خالة فالارث لهما دونه لانه (لا)

(كتاب الاقرار ... باب اقرار المريض ... فصل ومن اقرب غلام يولد مثله لمثله)

قال ومن مات ابوه فاقرباؤه لم يثبت نسب اخيه لما يبيا ويشاركه في الميراث لان اقراره تضمن شئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والا شراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العنق **قال** ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقرا احدهما ان اباه قبض منها خمسين لاشي للمفقرو لاخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذب اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشي لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور *

لا يملك ابطال حقهما في الارث بصرفه الى الغير ولا يكون له الثلث وان ملك الا يجاب بطريق الوصية لانه ما اوجب وصية انما اوجب ارثا الا انا اعتبرناه وصية في حق التنفيذ اذا لم يكن ثمه وارث لانه ليس فيه ابطال حق الغير فورث *

قوله لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون اي لان قبض الدين انما يكون لقبض عين مضمون حتى يصير ديننا فيتناصان **قوله** كما هو المذهب عندنا خلافا للشافعي رح فعنده يشيع في النصفين **قوله** على كون المقبوض مشتركا اي على كون الخمسين التي يقبضها غير المقر مشتركا بينهما اما غير المقر فانه يقول الكل مشترك فيكون مقرا بكون ما قبضه مشتركا واما المقر فانه يرفع عن الدين بهذا المقدار وهو مشترك **قوله** ورجع الغريم على المقر لانتقاض المقاصة في ذلك التدبر وبقائه ديننا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدي الى الدور والله اعلم *

(كتاب الصلح)

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلثة اضرب صم مع اقرار وصم مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكره صلح مع انكار وكل ذلك جائز لا طلاق قول . . . الصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا حل حراما او جرم حلالا وقال الشافعي رح لا يجوز مع انكار وسكوت المروينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة

* كتاب الصلح *

وهو اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشريعة عبارة عن عقد يرفع النزاع وركنه الانجاب والقبول وشرطه ان يكون البدل اى المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج اليه قبضه والا لا تشترط معلوميته فان من ادعى حقاني دارواد على المدعى عليه قبله حقاني حانوته فصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صم وان لم يبين كل واحد منهما مقداره حقه لان جهالة الساقط اتفضى الى المباذلة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى وجوازه ثبت بقوله تعالى وان كان رفته بالالف واللام فيقتضي ان يكون كل صلح خيرا وكل خير مشروع وقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الحديث وانعتدا لاجماع على جوازه وهو على ثلثة اضرب لان المدعى عليه عند دعوى المدعى احاب اولافان اجاب فلا يخ اما ان يترا ولا يقر وهو الانكار فان لم يجب فهو السكوت وانما لم يتنوع السكوت لان السكوت عبارة عن عدم الجواب والعدم لا يتنوع * **قوله** وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ اى اذا كان (مبطلا)

(كتاب الصلح)

ولنأما تلونا اول مار ويناوتا ويل آخرة احل حراما لعينه كالخمر و حرم حلالا لعينه كالصلح
علي ان لا يظأ الضررة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بخواره لان المدعي يأخذ
عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعي عليه يدفع الخصومة عن نفسه وهذا
مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز *

قال وان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود
معنى البيع وهو مباداة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان
عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خييار الشرط والرؤية وتفسده جهالة البدل لانها

مبطلات في دعواه احل بالصلح فهذا صلح احل حراما وحرم المال المدفوع على الدافع
وكان حلالا قبل الصلح ولكن نقول ليس المراد هذا فان الصلح عن الاقرار لا يخلو من
هذا ايضا لان الصلح في العدة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان
حقا للمدعي اخذ قبل الصلح وكان حراما على المدعي عليه منعه وحل بالصلح منعه وحرم
اخذة فكان تاويله احل حراما لعينه كالصلح على الخمر والخنزير فالصلح عليه بمنزلة
الأحلال وكالصلح مع احدي امرأته ان لا يظأ ضررتها والحمل على هذا التاويل أولى
لان الحرام المطلق والأحلال المطلق ما كان لعينه ما كان لغيره *

قولهم ولنأما تلونا وهو قوله تعالى والصلح خير وهذا صلح فان قيل ينبغي ان يصرف الى المعهود
السابق وهو ان يصالحا بينهما صلحا سبقت الآية للصلح بين الزوجين لان المنكر اذا اعيد
معرفا كان الثاني من الاول كما في قوله تعالى فعصى فرعون الرسول قلنا خرج مخرج
التعليل لما سبق ذكره كانه قال صالحوا لان الصلح خير والعلة لا تنقيد بمحل الحكم الذي
ملل فيه بل اينما وجدت العلة يتبعها حكمها وهذا لانه لو حمل على الجنس يدخل فيه المعهود
وغيره ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس احق كما في قوله تعالى
والله يعلم المفسد من المصلح اي جميع المفسدين والمصلحين لا المعهود فحسب وكذا قوله تعالى (و)

هي المفوضة الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تملك المنافع بمال

واذا فعلوا فاحشة الآية ثم قال ان الله لا يأمر بالفحشاء اي لا يأمر بجميع انواع الفواحش لا المعهود فقط فان قيل المدعي عليه انما يبذل المال ليدفع به خصومة المدعي من نفسه والمدعي انما يأخذها ليكف عن الخصومة معه بغير حجة خصومته بغير حجة ظلم منه شرعا واخذ المال ليكف عن الظلم رشوة وهي حرام لقولنا لا يجوز ان يعطى من الله الرشوة والمرثية فلما دفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز وانما حرم لودفع الرشوة ليظلم غيره على انه انما يكون رشوة اذا اخذها بالجهة التي يدفعه الدافع اليه وهو يأخذها بالجهة الاعتياض عن حقه فلا يكون رشوة *

قوله هي المفوضة الى المنازعة لانه نحتاج الى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا يبقى فيه منازعة بينهما فلماذا لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة ولا يثبت الثياب فيه دينا في الذمة الا موصوفا موصوفا جلا كما في السلم **قوله** ويشترط القدرة على تسليم البدل حتى لو صالح على عبد آبق لا يصح كذا في النهاية **قوله** وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات فكل منفعة يجوز استحقاتها بعقد الاجارة يجوز استحقاتها بعقد الصلح ومالا فلا حتى انه لو صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حتى يموت لا يجوز وكذلك ان صالح على ان يزرع ارضه له بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الاجارة ثم اعتبار الصلح - - - - - فع بالاجارة على الاطلاق قول محمد رح حتى فسد الصلح بهلاك المدعي او المدعي عليه او محل المنفعة سواء هلك بنفسه او تلفه احد وضمن قيمته ان كان قبل استيفاء المنفعة ورجع المدعي على جميع دعواه الا اذا استوفى شيئا من المنفعة فيبطل دعواه بقدر ما استوفاه وهذا ان محمد ارح جعل هذا الصلح بمنزلة الاجارة والاجارة تبطل بموت المورج والمستأجر وهلاك محل المنفعة ببطل او بغير بدل فكذلك الصلح وعند ابي يوسف (رح)

(كتاب الصلح)

والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوفيت فيها وبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح من السكوت والانكار في حق المدعى عليه لا فتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما يبا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجمود فلا يثبت كونه موصيا في حقه بالشك *

قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان من انكار او سكوت لانه يأخذه على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه *

رح ليس الصلح كالاجارة من كل وجه حتى لو ادعى دارا ثم صالح عنها على سكنى دار او خدمة عبد سنة او ركوب هذه الدابة الى بغداد او لبس هذا الثوب شهر اثم هلك المدعى او المدعى عليه او محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد رح فيعود على رأس الدعوى وقال ابو يوسف رح ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعى يستوفيه وان مات المدعى فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل في ركوب الدابة وليس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطال الصلح بموت احدهما اعادة المنازعة بينهما والناس يتناوتون في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المعتود للضرر الذي يلحق المالك فيفوت المورث عليه فيبطل ضرورة *

قوله والاعتبار في العقود لمعانيها كالهبة بشرط العوض بيع والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل **قوله** كما يختلف حكم الاقالة هي فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق الثالث **قوله** لانه يأخذها على اصل حقه اي يبقيا في يده وملكه كما كانت **قوله** فيلزمه الشفعة باقراره كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو منكر * (قوله)

قال وإذا كان الصلح من اقرار واستحق بعض المصالح منه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح من سكوت وانكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين ان لخصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترد وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلاء العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح من انكار وسكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه

قوله فيبقى العوض اي بدل الصلح في يده اي في يد المدعى غير مشتمل على غرضه اي فرض المدعى عليه لان غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة خصم فيها **قوله** رجع بكل المصالح عنه هذا اذا كان بدل الصلح عينا ولم يجز المستحق الصلح فلوا جاز سلم العين للمدعى ورجع المستحق بقيمته على المدعى من ذوات القيم وان كان بدل الصلح دينارا كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون بغير عيانهما او ثياب موصوفة مؤجلة لا يبطل الصلح بالاستحقاق ولكنه يرجع بمثله لانه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء فصار كأنه لم يستوف بعد كذا في شرح الطحاوي **قوله** باع منه على الانكار وصورته ادعى على آخر دار امثلا وانكر المدعى عليه ثم صالح من هذه الدعوى على عبد بلفظ البيع بان قال المدعى عليه للمدعى بعت منك هذا العبد بهذه الدار صح الصلح وهذا اقرار منه بالدار ثم لو استحق العبد يرجع المدعى على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى * (قوله)

(كتاب الصلح)

كالجواب في الاستحقاق في الفصلين **قال** وان ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعري العوض عند ذلك عن شيء يقابله فرجع ب كله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه في الباقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي *

قوله كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي فصلي الاقرار والانكار **قوله** على ما قدمناه في البيوع اي في آخرياب الاستحقاق من كتاب البيوع **قوله** لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح هذا جواب غير ظاهر الرواية واما في ظاهر الرواية فانه يصح وفي الذخيرة رجل ادعى دارا في يد رجل واعطى على بيت معلوم من الدار فهذا على وجهين ان وقع الصلح على بيت معلوم من دار اخرى للمدعى عليه فهو جائز وان وقع على بيت معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز لان في زعم المدعى انه اخذ بعض حقه وترك البعض وفي زعم المدعى عليه انه فدى عن يمينه فاذ جاز هذا الصلح هل يسمع دعوى المدعى بعد ذلك وهل تقبل بينته على باقي الدار فيما وقع الصلح على بيت من دار اخرى لا يسمع دعواه باتفاق الروايات لان هذا معاوضة باعتبار جانب المدعى فكانه باع ما ادعى بما اخذ وفيما وقع على بيت من هذه الدار ذكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي ره في شرح الكافي انه يسمع دعواه وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يسمع وجه من قال يسمع ان المدعى بهذا الصلح استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي الا ان البراءة عن الاعيان باطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة وجه ظاهر الرواية ان البراءة لا تقي عينا ودعوى فان المدعى كان يدعى جميع الدار لنفسه والبراءة عن الدعوى صحيح وان كان البراءة عن العين لا يصح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذه العين يصح البراءة حتى لو ادعى بعد ذلك لا يسمع **قوله** او يلحق ذكر البراءة عن دعوى الباقي لان البراءة عن دعوى العين يصح والله اعلم * (فصل)

فصل

والصلح جائز من دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر والمنافع لانها تملك بعقد الا بارة
فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيا لا لتصحبه
تصرف العاقد ما امكن **قال** ويصح من جنابة العمد والخطا اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي
له من اخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنه انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة
النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان
عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانها موجب الدم ولو صلح على خمر لا يجب شيء

* فصل *

قوله والصلح جائز من دعوى الاموال لانه في معنى البيع والمنافع بان ادعى في دار
سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث لموافقه فصالحه الوارث على شيء
جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالا جارة فكذا بالصلح **قوله** فمن عفي له من اخيه
شيء اي من اعطي له من دم اخيه المقتول شيء وذلك بطريق الصلح وروي عن
جماعة فمنهم عمرو بن عباس رضي الله عنهم ان الآية في عفو بعض الاولياء وتقديره
فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان
للقنيل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا هو الدية على حصصهم
من الميراث فاتباع بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي
وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وايا غير ناقص كذا في التفسير **قوله** وهو بمنزلة النكاح
حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلذلك الصلح من دم العمد على سكنى دار او خدمة
عبدة جاز لانها تصلح مهرا ولو صلح عليها ابد او على ما في بطن امته او على غلة نخله
سنتين معلومة لم يجز لانها لا تصلح مهرا وكل جهالة تحملت في المهر تحمل ههنا وما يمنع (صححة)

(كتاب الصلح فصل)

لانه لا يجب بمطلق العقود وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصيلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجنائية في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذالم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه

صحة التسمية يمنع وجوبه في الصلح لتساكلهما من حيث ان المال يجب فيهما ابتداء الا في مقابلة مال وعند فساد التسمية يسقط العقود ويجب بدل النفس وهو ادية نحو ان يصلح على ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح الا انهما يفترقان من وجه وهو انه اذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل ولو صالح على خمر لا يجب شيء لان وجوب المهر في النكاح من ضرورة العتد لانه لم يشرع الا بالمال واذالم يكن المسمى ما لاغت التسمية اصلا وصار كانه تزوجها ولم يسم لها مهر او ثمة يجب مهر المثل ووجوب المال في الصلح ليس من ضرورة الصلح فانه لو عفا ولم يسم ما لا لم يجب شيء *

قوله لانه لا يجب بمطلق العفو يعني لما لم يسم ما لا متقوما في الصلح عن دم العمد صار ذكر الشذرو السكوت عنه سواء يعني مطلق العفو عن القصاص وفي ذلك لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر في الصلح **قوله** وفي النكاح يجب مهر مثل في الفصلين اي في فساد التسمية كما اذا تزوجها على ثوب وفي تسمية الخمر والخنزير **قوله** وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح والوجه في الفرق بينهما ان حق الشفعة حق ان يملك محلا هو مملوك للغير وقبل التملك لاحق في المحل بوجه ما وما في باب القصاص فالمحل صار مملوكا في حق اقامة الفعل حتى اذا وقع الفعل اتصف بكونه حقا واذا صار المحل مملوكا في حق اقامة الفعل قبل الفعل ظهر الحق في المحل فيملك الاعتياض * (قوله)

(كتاب الصلح فصل)

غيران في بطلان الكفالة روايتان على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فيرد الزيادة بخلاف الصلح من القصاص حيث يجوز بالزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين * ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس اخر صها بالزيادة حاز لانه تعين الحق بالقضاء فكل من مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيها على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين

قوله غيران في بطلان الكفالة روايتين في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة يبطل وبه يفتى وهو رواية ابي حفص وفي الصلح في رواية ابي سليمان رحمهما الله انه لا يبطل فوجه البطلان هو ان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقط لا يعود وفي رواية الكفالة بخلافها فوجهه ان الكفالة بالنفس بسبب من الوصول الى المال فاخذ حكمه من هذا الوجه فاذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجازا **قوله** بخلاف الصلح من القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية ويفترقان ايضا في الصلح على الخمر والخنزير ذكر في المبسوط ولو كان القتل خطأ اي في الصلح عن القتل على الخمر والخنزير كان عليه الدية لان هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح عن سائر الديون اذا بطل بقي المال واجبا كما كان وهو الدية **قوله** كيلا يكون افتراقا عن دين بدين اي عن دين الدية بدين بدل الصلح فلو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس اخر الخ صورته قضى القاضي بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتل على اكثر من مائتي بقرة فهو جائز لان القاضي عين الواجب في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطي عوضا عن الواجب فصح ان كان يدايدا مال الصلح على شيء من المكيل او الموزون سوى الدراهم والدينار الى اجل هو باطل لان القاضي عين الحق في الابل فكان هذا اعتياضا عن دين بدين **قوله** فلا يجوز الزيادة على ما تعين اي شرعا (قوله)

(كتاب الصلح فصل)

قال ولا يجوز الصلح من دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض من حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب وادعاه الله حق الوالد لاحقتها وكذا لا يجوز الصلح عما شرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المذهب فيه حق الشرع **قال** واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي بمحمد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جازو كان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبه بذر المال لدفع الخصومة قالوا

قوله ولا يجوز من دعوى حد صورته رجل اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر و اراد ان يرافعه الى الحاكم فصالح الماخوذ على مال على ان لا يرافعه الى السلطان فالصلح باطل ويرجع عليه بما دفع من المال وكذلك لو ادعى رجل على رجل فدفا فصالح المدعى عليه بدراهم على ان يعنونه فالصلح باطل **قوله** ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها اي اذا ادعت المطلقة على زوجها نسب ولدها بان قالت انه ابنه وجحد الرجل فصالح من النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب يثبت حقا للولد لا احتياجا اليه لاحقا لها فلا تملك الاعتياض لاستقاطه وكذا لو كان لرجل ظلة او كيف على طريق العامة فخاصه رجل و اراد طرحه فصالحه على مال لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد وانما يكون لكل واحد حق الخصومة في الدفع والمنع حسبة بخلاف ما لو كان على طريق غير نافذ فصالحه رجل من اهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوك لاهله فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل الى تحصيل رضا الباقيين فجاز كذا في الايضاح ولو صالح الامام صاحب الظلة على دراهم على ان يترك الظلة جاز الصلح وان كانت في طريق العامة اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضع ذلك في بيت المال لان الاعتياض من الشركة العامة جائز من الامام فانه لو باع شيئا من بيت المال يجوز * (قوله)

(كتاب الصلح فصل)

ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلاً في دعواه **قال** وإن ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز **قال** رضي الله عنه هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني أنه بذل لها المال لتترك الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وإن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابلها العوض فلم يصح *

قال وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال إعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لأنه يمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل وفي حق المدعي عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لأنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء *

قال وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عبداً لم يجز له أن يصالح عن نفسه وإن قتل عبداً له رجلاً عبداً فصالح عنه جاز ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه يباع فكذا استخلاصاً بمال المولى وصار كالأجنبي إما عبده من تجارته وتصرفه نافذ فيه يباع فكذا استخلاصاً وهذا لأن المستحق كالأزائل عن ملكه وهذا شراء فيملكه *

قوله ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلاً في دعواه هذا عام في جميع أنواع الصلح **قوله** وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها كأنه زاد في مهرها ثم خالعه على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة **قوله** فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة إذا لم يسلم له شيء من هذه الفرقة وإنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها تتخلص عن الزوج وإن لم يجعل فرقة فالحال على ما كانت عليه قبل الدعوى وتكون هي على دعواها فلا يكون ما أخذه عوضاً عن شيء فلا يجوز لأنه رشوة محضه من غير دفع خصومة ويلزم مهارة **قوله** ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل هذا أيضاً لكونه بمنزلة الاعتاق على مال إذ لو كان بطريق المعاوضة لما جاز هذا إلا أن الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة في المعاوضات (و)

(كتاب الصلح فصل)

قال ومن غصب ثوبا يهود بأقيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة ربح وقال لا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر الزيادة ولا أبي حنيفة ربح أن حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك المولى أخذ القيمة بكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى لأن ضمان العدو أن بالمثل وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء قبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة **قال** وإذا كان العبد بين رجلين اعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق أما عندهما فلما بينا والفرق لأبي حنيفة ربح أن القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها وإن صالحه على عروض جاز لما بينا أنه لا يظهر الفضل *

وقوله إلى أجل التأكيد فإن ما لا يثبت ديناً في الذمة لا يثبت بذكر الأجل المعلوم كما في السلم والسلم لا يجوز في الحيوان فيكون ذكر الأجل مؤكداً للنفي وجوب الحيوان ديناً في الذمة *
قوله يكون الكفن عليه تبين بهذا أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه فكان الصلح واقعا عن ملكه في الثوب المستهلك ولا ربوا بين الثوب والدرهم **قوله** أو حقه في مثله صورة ومعنى هذا الوجه الثاني لأبي حنيفة رحمه الله وهو أن حق المالك في مثل المغصوب صورة ومعنى واجاب الثوب والحيوان ممكن في الذمة كما في النكاح والدية وإنما ينتقل حقه من المثل إلى القيمة ضرورة تعذر استيفاء المثل لعجز من له ومن عليه عن رعاية المماثلة فاهل الأضرورة في إيجاب المثل لأن الله تعالى عالم بذلك فماله يتض التراضي بالقيمة بقي المثل واجبا في الذمة ومنه فقبل قضاء القاضي بالقيمة (إذا)

(كتاب الصلح باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم التوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان التوكيل فيه سغيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالتوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مواءم اخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح

اذا اتراضيا على الاكثر ان بدل الصلح عوضا عن ملكه او عن المثل صورة ومعنى لا عن القيمة فلا يتحقق الربو كما اذا كان العبد او الثوب قائما بخلاف ما لو قضى القاضي بالقيمة ثم صالح على اكثر من القيمة لان الحق قد انتقل بالقضاء الى القيمة وبخلاف ما اذا كان العبد بين الرجلين فاعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر مع المعتق على اكثر من قيمة يفديه فالفضل باطل اتفاقا لان القيمة في العتق منصوص عليها قال عليه السلام من اعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما مر لانها غير منصوص عليها فلم يقدّم فيها دلالة التقدير فان قيل لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل لا يجوز ولو كان ما يقع عليه الصلح بدلا عن العبد لجاز لان الطعام الموصوف بمقابلة العبد يكون ثمنا ومقابله القيمة يكون مبيعا قلنا انما لا يجوز لان العبد المستهلك لا يوقف على اثره وما لا يوقف على اثره يكون في حكم الدين والدين حرام فلهذا لم يجز الصلح على طعام مؤجل لان الطعام بدل عن القيمة ولهذا الوصلح على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه في المجلس جاز ولو كان بدلا عن القيمة لما جاز لانه بيع ما ليس عند الانسان والله اعلم *

* باب التبرع بالصلح والتوكيل به *

(قوله)

قوله ما صالح منه اي من الموكل *

(كتاب الصلح باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فنرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل **قال** وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبى سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك ان قال صالحتك على الفى هذه او على عبدى هذا صح الصلح ولزمه تسليمه لانه لما اضاف الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذلك لو قال على احد وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده

قوله اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل هذا اذا كان الصلح عن اقرار او ما اذا كان الصلح عن انكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل في شيء وفي المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال ولا يجب المال على المصالح الا ان يضمنه للذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبى كما يجوز مع الخصم الا ان الاجنبى ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام ولا يدخل فيه ملكه بازاء ما التزم شيء لان المستطى يكون متلاشيا فلا يكون داخل في ملك احد وان كان لم يضمن لم يلزمه المال بطلاق العقد ولكن ان كان الصلح بامر المدعى عليه فالمال على المدعى عليه لان الاجنبى معبر عنه الا ترى انه لا يستغنى عن اضافة العقد اليه وان كان بغير امره فهو موقوف على اجازته لان المال لم يجب على المصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضائه والمدعى لم يرض بسقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه **قوله** كالفضولي في الخلع اى من جانب المرأة **قوله** ويكون متبرعا بالواو **قوله** بخلاف ما اذا كان بامره اى لا يكون متبرعا على المدعى عليه حينئذ **قوله** ولا يكون لهذا المصالح (شيء)

(كتاب الصلح باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

وقال صاحبك على الف فالعقد موقوف فان اجازة المدعى عليه جاز ولزمه الالف ون لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي بصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يصف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي الله عنه ووجه آخر ان يقول صاحبك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شرط سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فردة فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على ذراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحققت او وجد هازيو فاحيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببذله *

شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط اي اسقاط المدعى عن المدعى عليه والمسقط يكون متلاشيا فلا يثبت له شيء ولا فرق في هذا اي في ان لا يكون للمصالح شيء بين ما اذا كان مقرا او منكرالا انه يصير متبرعا عليه بهذا العقد فصار ما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما لو كان المدعى عينا والمدعى عليه مقرا فانه يصير مشتريا لنفسه ان كان بغير امره لان العين يصح شراؤه من المالك وان كان في يد غيره فاما شراء الدين من صاحبه لا يجوز لانه يصير تملك الدين من غير من عليه الدين *

قوله ولو قال صاحبك على الف فالعقد موقوف هذا اختيار بعض المشائخ وقال بعضهم بل ينفذه هنا على المصالح وانما توقف في قوله صالح فلانا وفي الذخيرة اذا صالح الرجل عن المدعى عليه بغير امره لا يخلوا ما ان قال المصالح صالح فلانا على الف درهم من دعوىك على فلان وفي هذا الوجه يقف الصلح على اجازة المدعى عليه ولا ينفذ الا على المصالح ولا على المدعى عليه وان رد المدعى عليه بطل وان اجاز جازو كان المطالب بالمال هو المدعى عليه وان قال المصالح صالحني وكذلك اذا قال صالح فلانا على الف من مالي (وكذلك)

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين)

باب الصلح في الدين

قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المدايعة لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه واستطاع قبض كمن له على آخر ألف درهم عصالحة على خمسمائة وكس له على آخر ألف جبار فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه أبرأه عن بعض حقه وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لأفصائه إلى الربوا فجعل استقاطا للبعض في المسئلة الأولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكانه أجل لنفس الحق لأنه لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز تحميلة على التأخير ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المدايعة فلا يمكن حملها على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نساء لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإبراء ما حطه عنه وذلك

وكذلك صالح فلانا على ألف على أني ضامن ففي هذه الأوجه ينفذ الصلح على المصالح ولا يرجع بالمال على المدعى عليه ولا يصير المدعى به مملوكا وأما إذا قال ما لحتك على ألف درهم ولم يزد على هذا اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا هو نظير قوله صالحني وقال بعضهم هو نظير قوله صالح فلانا والله أعلم بالصواب *

* باب الصلح في الدين *

قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المدايعة لم يحمل على المعاوضة أي إذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد مدايعة جرت بينهما كان الصلح استيفاء لبعض حقه واستقاطا للبعض لا معاوضة وإنما قال وهو مستحق بعقد المدايعة والحكم في الغصب والاتلاف كذلك لأن الأصل هو الواجب بالسبب المشروع فلذلك وضع المسئلة فيه * (قوله)

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين)

اعني ارض من الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصف فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح من الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجدل لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالح على مائة درهم حاله او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا لئلا يبرطها والدراهم الامانة وتأجيلا للباني فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم **قال** ومن له على آخر الف درهم ثقال ادالي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا داد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رخص لا يعود عليه لانداء ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمته على وهي للمعاوضة والاداء لا يصح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الا براء مطلنا فلا يعود

قوله اعتياض عن الاجل وهو حرام وهذا لان الاجل صفة كالجودة والاعتياض عن الجودة لا يجوز فكذا عن الاجل الا ترى ان الشرع حرم ربوا النسيئة وليس فيه الامتالة المال بالاجل شبهة فلان يكون مقابلته المال بالاجل حقيقة حراما او لئلا الاجل فيه ان الاحسان متى وجد من الطرفين يكون محمولا على المعاوضة كهذه المسئلة فان الدائن اسقط من حقه خمسمائة والمديون استطحقه في الاجل في الخمسمائة الباقية فيكون معاوضة بخلاف ما اذا صالح من الف على خمسمائة فانه يكون محمولا على اسقاط بعض الحق دون المعاوضة لان الاحسان لم يوجد الا من طرف رب الدين **قوله** اولان معنى الاسقاط فيه الزم لان الصلح عبارة عن الخطيئة والخط في هذا اكثر فيكون معنى الاسقاط فيه الزم **قوله** لكونه مستحقا عليه اي قبل الصلح بحكم المداينة والعوض ما يجب بالشرط وان اداء الخمسمائة غدا كان واجبا قبل الشرط فلم يصح الشرط لعدم (الفائدة)

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين)

كما اذا بدا بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدا اداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضاً حذراً فلاسه او توسلاً الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً تصرفه اذ لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به

الناذرة فينبى الابراء مطلقاً والدليل على ان التقيد لا يصلح عوضاً ما قال اصحابنا رحمهم الله فيمن باع عبداً من آخر بالف درهم على ان ينقذه الثمن في اليوم او الى ثلثة ايام لا يصير النقد عوضاً حتى اذا لم ينقذ الثمن في الوقت المذكور لا يبطل البيع لان النقد كان واجباً فلم يصح ان يكون عوضاً عن البيع كذا هذا *

قوله كما اذا بدا بالابراء بان قال ابرأتك عن خمسمائة من الاف على ان تعطيني خمسمائة غدا **قوله** ولهما الى آخره يعني ان الابراء لم يثبت مطلقاً بل مقيداً بشرط وهذا لان قوله على انك بري خرج مخرج الا عواض كقوله ابرأتك على كذا الصالحك على كذا فيكون هذا منه ابراء بازاء تعجيل خمسمائة غداً ما يقابله الابراء وهو اداء خمسمائة غداً وان لم يصلح عوضاً للابراء يصلح شرطاً لان تعجيل بعض المال قد يرغب فيه حذراً عن فوت الكل عند انلاسه او توسلاً الى تجارة اربح منه وقد بدا بالاداء ثم اعقبه بالابراء وما وجد الابراء الا والاداء مقررون به ولا يصلح عوضاً ويصلح شرطاً فينقيد به **قوله** فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه بيان مجوز الاستعارة وهو ان في المعاوضة مقابلة العوض بالمعوض وفي الشرط مقابلة الشرط بالمشروط فجاز ان تستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه **قوله** اولاً انه متعارف يعني ان لجواز استعمال مثل هذا الشرط في الصلح معنيين احدهما ان تكون كلمة المعاوضة وهي كلمة على مستعارة للشرط لوجود معنى المقابلة بين الشرط والجزاء والثاني كون مثل هذا الشرط متعارفاً فيه والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به والفرق بين التقيد بالشرط والتعلق به (ثابت)

ثابت لفظاً ومعنى، الفظا فهذان في التقييد بالشرط لا يستعمل لفظ الشرط كان وإذا ومنى وأما معنى
فان في التقييد الإبراء بالشرط يحصل الإبراء في الحال بشرط وجود ما قيد به حتى إذا
لم يوجد المقيد يعود الدين وأما في تعليق الإبراء بالشرط لا يوجد الإبراء أصلاً في الحال لأن
المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وذلك لأن التقييد بوقت بمنزلة الإضافة التي ذلك الوقت
والإضافات أسباب في الحال بخلاف التعليق حتى أن من حلف لا يطلق امرأته فإضاف الطلاق
إلى الغد فقال أنت طالق غداً بحث في يمينه ولو علق طلاقها بمجيء الغد فقال أنت طالق
إذا جاء غداً لا بحث ولا يقال كلمة علي دخل البراءة دون الأداء فكيف يكون الأداء شرطاً
للبراءة وما دخل عليه كلمة علي هو الشرط كما في قوله أنت طالق علي الف أنت حر علي الف
وكقوله تعالى يبايعنك علي أن لا يشركن بالله شيئاً لا نقول دخولها على البراءة بمنزلة
دخولها على الإبراء بحكم الملة بلذلة بينهما وعدم انفكاك كل واحد منهما عن الآخر وهو
تظهير ما في الخلع من هذا الكتاب ما إذا قالت المرأة لزوجها طلقني ثلاثاً على الف درهم فطلقها
واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله لأنها صارت طالبة للثلاث بكلمة الشرط نصار كل
واحد منهما شرطاً لصاحبه وصار بحكم الاتحاد دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق *

قوله كما في الحوالة فإنها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه منفسا يعود الدين
إلى ذمة المحيل وفي الفوائد الظهيرين لهما أن هذا حظ بعوض وقد فات فيبطل الخط كما
لو حظ بشرط أن يعطيه بالباقي رهناً وكنيلاً لم يعطه ويان أن هذا حظ بعوض أنه حظ خسارة
شرط أن ينقد خسارته في الغد ونقد خسارته في الغد يصلح عوضاً عن الخط لأن الطالب
ينتفع به كما هو المعروف ومات أبو يوسف رحمه الله أن التقديراً يصلح عوضاً عن الخط لأن التقديراً
واجب قبل الخط نقلاً عن القدر قبل الخط كان واجباً في المداينة وبعد الشرط جعل عوضاً عن الخط
فيعتبر واجباً مرة أخرى ليصير عوضاً عن الخط فيبطل الخط بفواته إذا ثبت مرة يعتبر ثابتاً (مرة)

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين)

وسنخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه
 أحدها ما ذكرناه والثاني اذا قل صلحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا
 وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها الي غدا فالالف عليك على حاله وجوابه
 ان الامر على ما قل لاننا اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قل ابرأك من خمسمائة
 من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة اولم يعط
 لاننا اطلق الابراء اولاداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطاً فوقع
 الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء
 حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا
 لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فانفردا والرابع اذا قل ادالي خمسمائة على
 اك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا
 ابراء مطلق لانه لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضاً صحيحاً لانه واجب عليه في مطلق
 الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة لا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد
 فرض صحيح والخامس اذا قل ان ادبت الي خمسمائة او قال اذا ادبت او متى ادبت
 فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحاً وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها من
 معنى التملك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به *

مرة أخرى اذا افاد اعتباراً ثابتاً مرة أخرى بدليل ان من ظاهر من امراته مراراً صحيح
 لما ان اثباته مراراً يفيد شيئاً وهو وجوب الكفارة فكذلك ههنا التقيد يعتبر واجبا مرة أخرى
 ليصير عوضاً من الخط لقواته *

قوله وسنخرج البداية بالابراء وهو الوجه الثالث المذكور بعد هذا وفيه العذر لما ناس عليه ابو يوسف رح
 بقوله كما اذا بدأ بالابراء **قوله** واداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً لان العوض ما لا يكون
 حاصله وههنا اداء الخمسمائة حاصل لانه واجب عليه بدون ابراء بعضه **قوله** فوقع
 الشك في تقييده اي في تقييد الابراء بالشرط بعد ما اطلق الابراء لان اداء الخمسمائة (ان)

قال ومن قال لا خلافا لرك بما لك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه لأنه ليس بمكره ومعنى المسئلة إذا قال ذلك سرا ما إذا قال علانية يؤخذ به *

فصل في الدين المشترك

وإذا كان الدين بين شريكين

إن صلح مقيدا من حيث أنه يصلح شرطا لا يصلح مقيدا من حيث أنه يصلح عوضا فوقع الشك في التقيد فلا يثبت بالشك بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقيدا بأداء خمسمائة وباعتبار صلاحيته شرطا لا عوضا وقع الشك في إطلاق الإبراء فلا يثبت الإطلاق بالشك وفي المسئلة الرابعة الإبراء مطلق لأن أداء الخمسمائة لا يصلح عوضا وكذا لا يصلح غرضا صحيحا لما لم يقيد بزمان معين فيلغو ذكره وفي المسئلة الخامسة لا يصح الإبراء لأن تعليق الإبراء بالشرط الصريح باطل وهذا لأن الإبراء إسقاط حتى لا يتوقف على القبول وفيه معنى التملك حتى يرتد بالرد وتعليق التملك بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز تعليق الإسقاط بالشرط كالعناق والطلاق جائز نفى الإبراء المشتمل على المعنيين فلما يصح إذا لم يصرح بالشرط ولا يصح إذا صرح بالشرط عملا بالشبهين *

قوله جازي التأخير والحط على رب المال **قوله** ليس بمكره لأنه يمكنه دفع هذا بأباقامة البينة والاستخلاف لينكل الآخر أن الصلح على الإنكار يجوز ولا يتحقق فيه معنى الإنكار لما قلنا إلا أن فيه نوع اضطراب وإذا لا يمنع نفاذ التصرف ك شراء الطعام بمن غال عند المجاعة أو بيع مین من اعیان ماله بطعام لیا کله کان تصرفه نافذا وإن کان مضطرا فيه فكذلك إذا اخرأ وحط مضطرا والله اعلم *

* فصل في الدين المشترك *

قوله وإذا كان الدين بين الشريكين وضع المسئلة في الدين لأن في العين بين الشريكين (إذا)

(كتاب الصلح... باب الصلح في الدين... فصل في الدين المشترك)

فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين

اذا صالح احدهما من نصيبه على شيء لم يشرك الآخر فيه وذكر في باب الصلح في الغصب من صلح المبسوط ولو ان رجلين ادعيا في دار دعوى ميراث عن ابيهما فصالح احدهما على مال لم يشركه الآخر فيه سواء كان المصالح منكرا او مقرا لانهما يتصادقان على ان المدعي ملكها وان المصالح مانع لتصيبه وتصادقهما يكون حجة في حقهما *

قوله فصالح احدهما من نصيبه قيد بالمصالحة لانه اذا اشترى احدهما بنصيبه سلعة لم يشرك الآخر فيها على ما يجيء في الكتاب وقيد بالمصالحة على ثوب ليستقيم ما ذكره من حكم الخيار للقبض وهو قوله الا ان يضمن له شريكه ربع الدين **قوله** وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة فان قيل ينبغي ان لا يكون له حق المشاركة في الثوب لان الصلح على خلاف جنس الحق يكون معاوضة وفي المعاوضة المحضة لاسيما للشريك على الثوب كذا هنا فلما قد ذكر في مبسوط خواهر زاده ان الصلح على خلاف جنس الحق شراء في عامة الاحكام استيفاء العين الحق في بعض الاحكام واما المعاوضة المحضة فليست باستيفاء لبعض الحق بوجه ما يظهر هذا في مسائل منها اذا صالح من الدين على عبد وصاحبه مقربا لدين وقبض العبد ليس له ان يبيعه مرايحة من غير بيان ولو كان مكانه شراء له ان يبيعه مرايحة من غير بيان ولو تصادق على ان لا دين يبطل الصلح ولو تصادق على ان لا دين لا يبطل الشراء ولو ادعى دارا في يد انسان انها له فجدد ثم صالحه على ان اشترى الدار من المدعي بامته له كان للشفيع ان يأخذها بالشفعة بقيمة الامته ولو صالحه عن الدار على امته بعدما جدد الدار لا يصير مقرا له ولا يكون للشفيع الشفعة **قوله** الا ان يضمن له شريكه ربع الدين استثناء من قوله ان شاء اخذ نصف الثوب فان الشريك اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكن ولاية الشركة في نصف الثوب ويجوز ان يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه (الدين)

(كتاب الصلح... باب الصلح في الدين... فصل في الدين المشترك)

اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشارك في المقبوض لانه ازداد بالتبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتعسير كزيادة الولد والثمره وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كتمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وضمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك فاذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك *

قال ولو استوفى احدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشارك فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة *
قال ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصدة كمالا ان مبني البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغراض والخطيطة

الدين بنصفه فان الشريك اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والاحسن ان يكون من قوله فشريكه بالخيار الا اذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة *

قوله اذا قبض احدهما شيئا منه اي بطريق الاستيفاء **قوله** لانه ازداد بالتبض لان للتد مزية على النسبة **قوله** كتمن المبيع اذا كان صفقة واحدة بان جمع اثنان عبيدين لكل واحد منهما عبد وباعا صفقة واحدة فيكون ثمنهما على الاشتراك وان اختص كل واحد من العبيدين باحدهما وضمن المال المشترك بان باعا عبدا مشتركا بينهما صفقة واحدة والموروث بينهما بان مات مورثهما وله دين على رجل فورا **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانه ازداد بالتبض *

(قوله)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في الدين المشترك)

فلو الزمناه دفع ربع الدين بتضرره في تخير القابض كما ذكرناه ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم تولى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لانه اذلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخرجاهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رح اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عيामنه او اشتراه شراء فاسدا او هلك في يده فهو قبض

قوله فلو الزمناه دفع ربع الدين بتضرره يعني لو الزمنا المصالح ربع الدين بتضرره لان الصلح مبناه على الخط بما كان المصالح عليه لا يبلغ قيمته الاربع الدين فيتضرره في تخير بين ان يدفع نصف المصالح عليه او ربع الدين كما ذكرنا بخلاف ما اذا اشترى احد الشريكين من المدين شيئا بحصته حيث كان له ان يضمه ربع الدين لان معنى البيع على المماكسة والظاهر استيفاء حقه كاملا فلا ضرر له في ايجاب ربع الدين ثم لا سبيل للشريك على الثوب المبيع لانه ملكه بعقد البيع لا بسبب الدين لان عقد الشراء مثبت للملك بنفسه فيستغنى عن قيام الدين السابق ولا كذلك عقد الصلح **قوله** لانه قاض بنصيبه لا مقتض لان آخر الدينين يصير قضاء عن اولهما لان القضاء لا يسبق الوجوب **قوله** لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وانما قلنا ان هذا قسمة لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر في الوصف والحكم اما في الوصف فلا نه يقال لاحد النصيبين حال والآخر مؤجل واما في الحكم فلان للساكت ان يطالب المديون بنصيبه في الحال والمؤخر لا والتسمة ليست الا ان يصير احد النصيبين مخالفا للآخر وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لان القسمة (تميز)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في المشترك)

والاستيجار بنصيبه قبض

تميز وما في الذمة لا يتصور فيها التدبير ولان في القسمة تملك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضا عما يملكه عليه و تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لان في ذلك نقلا للوصف من محل الى محل آخر قصد او الانتقال على الاوصاف محال والدين وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة والفرق لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بين الابرء الموقت والمؤبد حيث قالوا بصحة الابرء هو انه لا يبقى نصيبه بعد الابرء اصلا والقسمة انما تكون مع بقاء نصيب كل واحد منهما وفي التأخير بقي نصيب كل واحد منهما في اصل الدين على حاله حتى ان الآخر اذا قبض نصيبه ثم حل الاجل كان للمؤخر ان يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشترك بينهما ولان في التصرف المؤخر اضرار ابشر بيه واحد الشريكين اذا تصرف في نصيبه على وجه يلحق الضرر بصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه كما لو كانت احد الشريكين في العبد نصيبه كان للآخر ان يبطل الكتابة وههنا في التأخير ضرر دون الابرء بيان ذلك انه يجعل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه لانه اذا اخر نصيبه ثم استوفى الآخر نصيبه فهو يشاركه عند حلول الاجل في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى يكون مؤنة المطالبة في جميع الدين على شريكه وفيه من الضرر ما لا يخفى بخلاف الابرء اذ ليس فيه اضرار بشريكه لانه لا يشاركه فيما يقبض بعد ذلك *

قوله والاستيجار بنصيبه قبض صورة المسئلة ما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فاستأجر احدهما بنصيبه من الالف دارا من الغريم سنة وسكنها فاراد شريك المستأجر اتباعه فانه له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عده له منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها حتى لم يثبت الحيوان دين في الذمة بدلا من المنفعة كما في غيرها من الاموال وروى ابن سماعه (عن)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في الدين المشترك)

وكذا الا حراق عند محمد رح خلا فالابي يوسف رح والتزوج به اتلاف
في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه من جناية العمد *

من محمد رح هذا اذا استأجر احدهما بخمسائة اي مطلتا من غير اضافة الى نصيبه
من الدين ثم صار فصا بنصيبه فاما اذا استأجر بحصته من الدين لم يكن للآخر ان يرجع
عليه بشيء وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المنفعة ليست بمال مطلق فاذا كان بدل
نصيبه المنفعة لا يضمن باعتبار ما لا مطلقا لشريكه *

قوله وكذا الا حراق عند محمد قيل صورة المسئلة المختلف فيها ما اذا روى بالتار على نوب
المديون فاحرقه واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك ان يتبع المحرق بالاجماع
لانه ح يكون الاستهلاك بعد الغصب **قوله** والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية اي
التزوج بنصيبه من الدين اتلاف حتى لا يرجع الآخر على المتزوج وانما قيد بنصيبه لانه
لو تزوج احد الشريكين المديونة على خمسمائة ونصيبه خمسمائة ولكن لم تضاف الى الدين
فان ثمة يتبع الساكت الزوج لان الزوج صار مستوفيا نصيبه بطريق المتأصلة فيرجع الساكت
عليه ولا كذلك اذا صاف العند الى الدين لان النكاح تعلق به فيسقط بنفس القبول فصار
بمنزلة الابراء وهاك لا يتبع فكذا هنا وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى بشرع
ابي يوسف رحمه الله ان للآخر ان يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين لان
التزوج بالدين المشترك قبض لان التزوج وان كان به لفظا لكنه بمثله معنى فصار
كزوجهما بخمسمائة والفرق على ظاهر الرواية انه متى تزوجهما على نصيبه من الدين
لم يفر الزوج مقتضا نصيبه من الدين لانه تعلق النكاح بعين الحصاة لان النكاح منى اضيف
الى دين في الذمة يتعلق النكاح بعين المضاف اليه وصار ذلك ملكا لها بالنكاح ثم يسقط عن ذمتها
عين نصيب الزوج فكان بمنزلة الهبة والابراء بخلاف ما لو تزوجهما بخمسمائة **قوله** وكذا
الصلح من جناية العمد اي جنى احد الشريكين على المديون عمدا نصالحه عنها على نصيبه (قوله)

قال وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد ر ح وقال أبو يوسف ر ح يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون وبما إذا اشترى عبداً فقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شري العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قام بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه

قوله وإذا كان السلم أي المسلم فيه بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد ر ح وقال أبو يوسف ر ح يجوز الصلح والحاصل أنه يتوقف الصلح عندهما على إجازة صاحبه فإن إجازة نفع عليهما كأنهما صالحا أو كان ما قبض بينهما وما بقي من السلم بينهما وإن رده بطل أصلاً وبقي الطعام كله بينهما وعند أبي يوسف ر ح الصلح جائز بين المصالح والمسلم إليه ما إن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون على أي بدل كان عنده ثم أحذر بي الدين إذا صالح عن نصيبه مع المديون على بدل جاز الصلح ويخير الآخرين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه من ذلك الدين كذلك ههنا **قوله** بخلاف شراء العين جواب لقوله وبما إذا اشترى عبداً فقال أحدهما أي الأتالة في العين تصرف في الحكم في حالة البقاء وذلك يستغني عن العقد وهنا التصرف في إبطاله واتفق في العقد وهو ينقصد بهما فلا يجوز أن يتفرد أحدهما بالإبطال باعتبار تصوفه في حكمه في حال ثبوته إذا حال الدين كحال الوجود إلى أن يقبض والحكم يقتصر إلى العلة نبوتاً ولأنه لو جاز الصلح من أحدهما يؤدي إلى أن يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه ويتقرر في رأس المال ثم يعود في المسلم فيه وهذا لا يجوز كما لو تقابلا السلم ثم أراد أن يفسخ الأتالة فإنه لم يجز بخلاف بيع العين وهذا لأن الآخر إذا اختار المشاركة في المقبوض مع المصالح كان ما بقي من طعام السلم مشتركاً بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه وتقرر في رأس (المال)

(كتاب الصلح... باب الصلح في الدين... فصل في التجار)

قالوا هذا اذا اخطار رأس المال فان لم يكونا قد دخلناه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف
وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق *

فصل في التجار

واذا كانت الشركة بين ورثة فاخرجوا احد هم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او
عروض جاز قليلا كان ما اعطوه او كثيرا

المال فلا يجوز ان يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه لانه لو عاد لعاد بعد بطلان الاقالة
والاقالة في باب السلم لا تحتمل الابطال *

قوله قالوا هذا اذا اخطار رأس المال اي هذا الخلاف فيما اذا اخطار رأس المال فان لم يكونا
قد دخلناه فعلى الوجه الاول وهو ما ذكرناه لوجاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين
في الذمة هو على الخلاف لان دلالة الوجه الاول لا تتفاوت بين الاختلاط وعدمه وعلى
الوجه الثاني وهو ما ذكرناه لوجاز بشاركه في المقبوض هو على الاتفاق اي جوابهما ههنا
كجواب ابي يوسف رح لان ذلك انما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح
في المقبوض وليس له حق المشاركة ههنا اذ لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من رأس المال
والصحيح ان الخلاف في الفصلين ثابت الا ان عدم جواز الصلح فيما اذا اخطا بعثنين
وفيه اذ لم يخطا بعلة واحدة وذكر في الاوضح ان دعوى الاجماع فيه غير سد بدلان
الشركة في المقبوض انما تلزم من الشركة في دين السلم والشركة في دين السلم من
اتحاد عقد هما وذلك ثابت لا يختلف بينهما اذا اخطار رأس المال وبينما اذا نقد كل واحد
منهما نقدا على حدة والله اعلم *

فصل في التجار

وهو من الخروج وهو ان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم بشي معلوم وصورته امرأة
ماتت وترك زوجا وبنتا واختا لاب وام ففي المسئلة الربع والنصف والباقي والتركة دنانير (و)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في التخرج)

لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه من ربع ثمنها على ثمانين الف دينار **قال** وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهابا او كان ذهابا فاعطوه فضة كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقاض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح * وان كانت التركة ذهابا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة واثواب فصول الزوج على الاثواب والدنانير يقسم بين البنت والاخت على ثلثة اسهم سهمان للبنت وسهم للاخت *

قوله لانه امكن تصحيحه بيعا انما تعين البيع فيه للجواز دون الابراء عما زاد من نصيبه لاننا لو قلنا بالابراء يلزم الابراء عن الاعيان الغير المضمونة وهو لا يصح فتعين البيع **قوله** وفيه اثر عثمان رضي الله عنه روي عن عمر بن دينار ان احدي نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين الف على ان اخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة رضي الله عنهم اجمعين في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلثين جزءا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين الف دينار **قوله** لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح الاصل انه متى تجانس القبضان ذاب احدهما عن الآخر وان اختلفا ذاب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون **قوله** لا بد من تجديد القبض وهو ان يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضه **قوله** فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس **قال** الحاكم ابو الفضل رحمه الله انما يبطل الصلح على مثل نصيبه او اقل من مال (الربوا)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في التخليج)

احترازا عن الربوا * ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه عرف في هذا التقدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلنا لعدم الربوا * ولو كان في التركة الدراهم والدنانير وبديل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس اليه خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف **قال** وان كان في التركة دين علي الناس فادخلوه في الصلح علي ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح * وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط وهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والا وحده ان يقرضوا المصالح مقدرا نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين الربوا في حال التصديق واما في حال المذاكرة فالصلح جائز لانه يعطى المال لدفع الخصومة فلا يتمكن فيه الربوا وقبل انه باطل في الوجهين لانه معاوضة في حق المدعي فيمكن فيه الربوا *

قوله احتراز عن الربوا لانه لا يمكن تجويز الصلح بطريق البراءة لان البراءة عن الاعيان باطل لان الاسقاط استعمل في الديون لا في الاعيان وههنا عين فتعين تجويزه بطريق المعاوضة ولا يمكن ههنا لانه يبقى شيء من التركة بلائس في ضمن المعاوضة فيكون ربوا فلا بد من ان يزيد علي نصيبه حتى ينتفي الربوا **قوله** ويكون الدين لهم فالصلح باطل اي في الكل في الدين والعين جميعا واما في حصة الدين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين واما في حصة العين فلان الصلح لما فسد في حصة الدين يفسد في حصة العين ايضا لاتحاد الصنفين وهذه المسئلة يرد نقضا علي ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فيما اذا سلم حنطة في شعير وزيت فانهما قالا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا افسدا في الكل وقبل في الفرق لهما ان بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحرو والقن وقيل بطلان الصلح في العين قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ههنا يقيم العقد صحيحا في ما وراء الدين **قوله** وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة لعدم رجوعهم علي الغرماء * (قوله)

(كتاب الصلح ... باب الصلح في الدين ... فصل في التخرج)

ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهه الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا ذالمصالح عندعين والاصح انه يجوز لانها لا تنضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان علي الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا مالم يقضوا دينه لتقدم جهة الميت ولو فعلوا فالوا يجوز وذكرا لكرخي رح في القسمة انها لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا *

قوله ويحيلهم اي المصالح بقية الورثة على استيفاء نصيبه اي نصيب المصالح من الدين **قوله** قيل لا يجوز لاحتمال الربوا هو قول الامام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله فقال لا يجوز الصلح على المكيل والموزون لما كان فيه من احتمال الربوا بان كان في التركة مكيلا او موزونا ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر رحمه الله فقال يجوز هذا الصلح لانه يحتمل ان لا يكون في التركة من جنس بدل الصلح وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار شبهة الشبهة وهي ساقطة الاعتبار وفي فتاوى قاضي خان رحمه الله والصحيح ما قاله الفقيه ابو جعفر رحمه الله لان الثابت ههنا شبهة الشبهة وذلك لا يعتبر **قوله** والاصح انه يجوز لانها لا تنضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة ونفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع بل الجهالة المنضية الى المنازعة مانعة الا ترى انه لو باع قفيزا من صبرة يجوز البيع مع الجهالة وكذلك لو باع المغصوب منه المغصوب للغاصب والغاصب لا يعلم مقداره يجوز البيع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز لانه يحتاج الى التسليم فينضي الى المنازعة **قوله** وذكرا لكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا ويجوز قياسا قال شيخ الاسلام (رحمه الله)

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غني عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفرا ليد عنه فعدست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف ليستظم مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلعم والناس يباشرونه فقررهم عليه

رحمه الله في المبسوط هذه المسئلة على وجهين اما ان الدين مستغرق او غير مستغرق ففي الاول لا يتقسم لان له ملك ا لهم في التركة لان الدين المستغرق يمنع وقوع الملك في التركة عندنا فلهذا لا يقسم وفي الوجه الثاني والثالث ان لا يقسم ولكن توفى الكل وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء ويتقسم الباقي فيما بينهم بناء على ان الدين اذا لم يكن مستغرقا هل يملك الوارث في التركة ام لا فالثاني ان لا يملك الوارث شيئا في التركة لانه ما من جزء الا وهو مشغول بالدين وفي الاستحسان يملك التركة حتى لو كان الموروث جارية حل له ولهمها استحسانا نفيا للضرر عن الورثة لان التركة لا تخلو عن نليل الدين واذا ملكها جميع التركة استحسانا كان يجب ان يقسم الكل بينهم الا انه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج الى نقض قضائه والله اعلم *

كتاب المضاربة

هي مناعلة من ضرب في الارض اذا سار فيها ومنه قوله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني بالضرب السفر للتجارة وفي الشرع عبارة من عقد الشركة بمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر وركبها الايجاب والقبول كما اذا قال رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاينة بالنصف ويقول المضارب قبلت او ما يؤدى هذا المعنى مثل ان يقول خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله تعالى من شيء فهو (بيتنا)

وتعاملت به الصحابة رضه * ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر ماله لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر ماله * واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله * فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره *

قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومرادة الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا *

بينانصفان او على ان لك ربعه وخمسه او عشرة وشرطها ان يكون رأس المال من الاثنان فلا الا بالمال الذي يصح به الشركة كما مر منه وحكمها حكم انواع ابداع ووكالة وشركة واجارة وغصب **قوله** وتعاملت به الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين روي أن العباس رضي الله عنه دفع المال مضاربة وشرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل وادبا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله عليه السلام فاستحسنه وكان حكيم بن حزام هكذا كان يشترط عند دفع المال مضاربة وروي عن عبد الله وعبيد الله بن عمر رضي الله عنهم قدما العراق ونزلا على ابي موسى الاشعري فقال لو كان عندي فضل مال لا كرمكما ولكن مال من بيت المال فابتاع به واذا قد منما المدينة فادفعنا الى امير المؤمنين ولكم اربحه فلما قدما عمر رضي الله عنه فقال هذا مال المسلمين فربحه لهم فسكت عبد الله وتكلم فيه عبيد الله حتى قال بعض الصحابة اجعلهما بمنزلة المضاربين لهما نصف الربح وللمسلمين نصفه فاستصوبه عمر رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد رح قال كان لنا مال عند عائشة رضي الله عنها وكانت تدفعه مضاربة فبارك الله لنا فيه لسعيها وكان عمر رضي الله عنه يدفع مال اليتيم مضاربة **قوله** لا على وجه البدل احتراز عن المقبوض على سوم الشري **قوله** والوثيقة احتراز عن الرهن **قوله** ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة في الربح * (قوله)

قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل * ولو دفع اليه عروضاً وقال بعد واصل مضاربة في تمنه جازلانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقض مالي على فلان واصل به مضاربة جازلانه فلا مانع لان ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند أبي حنيفة ربح لا يصح هذا التوكيل

قوله يصح الا بالمال الذي يصح به الشركة وهو ان يكون رأس المال دراهم اودنا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ربح او فلو سارا ثجة عند محمد رحمه الله حتى ان المضاربة بما سوى هذه الاشياء لا تجوز اجماعاً او حاصلاً ان العروض لا تصلح لرأس المال في المضاربة عندنا خلافاً لما لك ربح وكذا الكلي والوزني خلافاً لابن ابي ليلى وقال مالك ربح المضاربة بالعروض تصح لان العرض مال متقوم يتربح عليه بالتجارة عادة فيكون كالقيد فيما هو المقصود بالمضاربة وكما يجوز بقاء المضاربة على العروض يجوز ابتداءها بالعروض لكن استدلال بهي النبي عليه السلام عن ربح مالم يضمن والمضاربة بالعروض تؤدي الى ذلك لانها امانة في يد المضارب وربها يرتفع قيمتها بعد العقد فاذا باعها حصل الربح ويستحق المضارب نصيبه من غير ان يدخل شيء في ضمانه بخلاف التقديرات يشترى به وانما يقع الشراء بثمن مضمون في ذمته فما يحصل يكون ربح ما قد ضمن وقال ابن ابي ليلى هي جائزة فيما اذا كان رأس المال مكبلاً او موزوناً ايضاً كما في النقود لانها من ذوات الامثال فيمكن تحصيل رأس المال بمثل المقبوض ثم قسمة الربح بينهما وحجتنا ما ذكرنا انه يؤدي الى ربح مالم يضمن وانه منهى **قوله** لانه يقبل الاضافة لاننا اعتبرنا الوكالة او الودعة او الاجارة فليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون المضاربة مضافة الى ثمن العروض والثلث يصح به المضاربة وكذا قوله اقض مالي على فلان لانه اضاف المضاربة الى حالة القبض وفي تلك الحالة يصير الدين عيناً وانما شرط كون رأس المال عيناً لان المضاربة لاستعمال المال وانما يتصور ذلك في العين ولان (١)

على ما مر في الوكالة وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري الآمر فيصير مضاربة بالعرض *
قال ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما راءهم مسماة
 من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة *
قال فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله لفساده فلعلة لا يربح إلا هذا القدر فتقطع
 الشركة في الربح وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح
 لرب المال لأنه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة
 ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف رحمه الله خلا فالله أعلم رحمه الله

المضارب أمين ابتداء ولا يتصور أن يكون آمينا فيما عليه من الدين مضمون على المديون *
قوله على ما مر في البيوع أي في بيع الوكالة وهي باب الوكالة بالبيع والشراء
 من كتاب الوكالة وهو قوله ومن له على آخر ألف فامره أن يشتري بها هذا العبد إلى آخره
 فعلى هذا معنى قوله اعدل بالدين الذي في ذمتك أي اشتري بالدين الذي عليك ما بدأك
 من المتاع ثم بعه بالنصف فهذا فاسد لأن صحة المضاربة أن يكون رأس المال عينا ولم يوجد
 ذلك عند العقد ولا بعده فالمديون لا يكون قابضا للدين من نصفه لصاحبه وصاحب الدين
 لا يملك أن يبرئه عن الضمان مع بقاءه بدون القبض وإذا لم تصح المضاربة فما اشتراه
 المديون فهو له ولا شيء لرب المال منه عند أبي حنيفة رحمه الله عليه بحاله وفي قولهما
 ما اشترى فهو لرب المال والمضارب بريء من دينه وله على رب المال أجر مثله فيما عمل
 وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع **قوله** وإن شرط زيادة عشرة هذا تفسير للمسئلة المتقدمة
 يعني إذا قال على أن ما رزق الله في ذلك من شيء فللمضارب منه عشرة والباقي من الربح
 بيننا نصفان فهذه مضاربة فاسدة لأن هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما في الربح مع حصوله
 وربما لا يربح إلا مقدار العشرة **قوله** ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف رحمه الله
 المشروط ما وراء العشرة المشروطة لأن ذلك يغير المشروع فجوده مجرى عدمه * (قوله)

(كتاب المضاربة)

كما بينا في الشركة ويجب الاجروان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العنل وقد وجدو عن ابي يوسف رحمه الله لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقتها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسد لا خلاص متصودة وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسد ما ويبطل الشرط

قوله كما بينا في كتاب الشركة اي في شركة الاحتطاب والاحتشاش **قوله** اعتبارا بالمضاربة الصحيحة لان العقد الفاسد يورث حكمه ابدان العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد وجه ظاهر الرواية ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهذا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة لا شركة وانما اعتبر الفاسد بالصحيح في حكم عدم الضمان لان الاجارة توافق الشركة في حكم عدم الضمان **قوله** ولانه عين مستأجرة في يده اي ولانه عين استأجر المضارب ليعمل به فلا يكون مضمونا عليه كاجير الوحدو كمن استأجر رجلا ليعمل المستأجر فان مرفي يد الاجير كانه عين مستأجر حتى اذا هلك لاضمان عليه فكذلك ههنا وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه ضامن للمال وقيل المذكور في الكتاب قول ابي حنيفة رح وهو بناء على اختلافهم في الاجير المشترك اذا تلف المال في يده من غير صنعه وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه فكذلك الحكم في كل مضاربة فاسدة وهذا قول الطحاوي رح وما ذكر في الكتاب بان المال في المضاربة غير مضمون بالهلاك قول الفقيه ابي جعفر الهندواني والتمرق لهما بين الاجير المشترك وبين المضارب في المضاربة الفاسدة على قول الفقيه ابي جعفر ان مال المضاربة الفاسدة غير مضمون بالاتفاق والذي عند الاجير المشترك مضمون عندهما هو ان المضاربة متى فسدت فهي اجارة معني من حيث ان المضارب يتنفي بعمله عوضا **قوله** مع انها فوقتها اي في امضاء حكمها وفي استحقاق الربح **قوله** وكل شرط يوجب جهالة (في)

كاشتراط الوضعية على المضارب **قال** ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا يد
 لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان
 المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من ان يخلص المال
 للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد
 لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص
 يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير
 عاقد كالصغير لان يد المالك ثابت له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين
 واحد شريك العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا
 واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالكي يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه
 في الربح يفسد لان الربح هو المعقود عليه وجهه المعقود عليه توجب فساد العقد نحو ان يعتد
 عقد المضاربة بشرط ان يدفع المضارب ارضه سنة الى رب المال ليزرعها رب المال او يدفع
 دارة الى رب المال يسكنها سنة فسد المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله واجرة
 الدار فصارت حصة العمل مجهولة فلم يصح بخلاف ما اذا عقد عقد المضاربة بشرط ان يدفع
 رب المال ارضه الى المضارب يزرعها سنة او على ان يسكن دارة سنة فاشترط باطل والمضاربة
 جائزة لانه الحق بها شرط فاسد فبطل الشرط كذا في الايضاح وكذلك لو ردد في الربح ايضا
 يفسد المضاربة نحو ان يقول بشرط ان يكون لك ثلث الربح او نصفه لجهالة في الربح *

قوله كاشتراط الوضعية على المضارب الوضعية اسم لجزء مال من المال وكذلك اشتراط
 الوضعية عليهما يفسد ايضا **قوله** وشرط العمل على رب المال مفسد حكمي القاضي الامام
 عاصم العامري عن الفقيه محمد بن ابراهيم الضرير رحمه الله اذا شرط رب المال لنفسه
 ان يتصرف في المال بانفراده متى بدأ له وان يتصرف المضارب في جميع المال بانفراده
 متى بدأ له جازت المضاربة وانما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضاربة اذا شرط العمل
 جملة لانه حينئذ لا يصير المال مسلما الى المضارب كذا في الذخيرة **قوله** او غير عاقد (كا)

(كتاب المضاربة)

كما أذن بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذ مال الصغير مضاربة بأنفسهما
فكذا اشترط عليهما بجزء من المال **قال** وإذا أصححت المضاربة مطلقاً جاز للمضارب أن يبيع
ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لا طلاق العقد والمتصور منه الاسترباح ولا يحصل
الأب بالتجارة فينظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا
الابداع والإصاع والمسافرة لا ترى أن المودع لئان يسافر المضارب أن يبيع كيف وإن المنظر
دليل على أنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي يوسف راجح أنه ليس له أن يسافر
وعنه عن أبي حنيفة راجح أنه أن دفع في بلد ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك
من غير ضرورة وإن دفع في غير بلد له أن يسافر إلى بلد دلالة المراد في الغالب وإظهار
ما ذكر في الكتاب **قال** ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له عدل برأيتك

كالصغير كالأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عدل الصغير لأن الصغير إذا كان
ما كانا كانت يد على المال بجهة الملك كالمكبر فبناءً على ذلك يمنع كونه مسلماً إلى المضارب *

قوله كما أذن إذا دفع المأذون ماله مضاربة وشرط عمله مع المضارب لم يجز لأن
يد التصرف ثابتة له في هذا المال ويد يد نفسه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى
التصرف فكان قيام يده مانعاً لصحة المضاربة بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل
أن يأخذ مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشترط عليهما أي اشترط العمل
عليهما بجزء من المال أي بجزء من الربح لأن كل مال يجوز أن يكون المرأفة مضاربا
وحده جاز أن يكون فيه مضارباً مع غيره وهذا لأن تصرف الأب أو الوصي رافع للصغير
حكماً بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فيشترط التخليص من قبل
الصغير لأنه رب المال وقد تحققت **قوله** مطلقاً أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة
قوله وعن أبي يوسف راجح أنه ليس له أن يسافر به هذا فيما له حمل ومؤنة بناءً على قوله
في الوديع فكذا في الميسوء **قوله** وإن دفع في بلدة أي في بلد المضارب **قوله** لأنه هو المراد (في)

لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التصبيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فلم التوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برائك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقتراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برائك لان المراد منه النعيم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقتراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والمخاطبة بالانفسه فيدخل تحت هذا القول *

قال ان خص له رب المال التصرف في بلد بعيد او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه ترك كماله وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره *

في الغالب لان الظاهر والغالب ان الانسان يرجع الى وطنه ولا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه مع علمه انه غريب في هذا الموضع كان ذلك منه الدليل على الرضاء بالمسافرة بالمال عند رجوعه الى وطنه *

قوله لان الشيء لا يتضمن مثله هذا بخلاف المستعير والمكاتب فانهم لا يملكان الا عارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهذا يتصرفان لحكم المالكين لا لحكم النيابة اذ المستعير ملك المتعبرة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التصبيص عليه او التفويض المطلق اليه **قوله** فلا يحصل به الغرض وهو الربح اي بالقرض لان المتبوع بحكم القرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة بشرط او غيره وهذا بخلاف الايداع فان المضارب يملكه وان لم يحصل به الربح لان في الايداع حفظ المال وهو من صنيع التجار **قوله** فيدخل تحت هذا القول اي تحت قوله اعمل برائك **قوله** وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه هذا احتراز عن سوق بعينها فان ذلك غير مقيد حتى جاز له ان يتجاوز زلتى عينها الا اذا عرج التخصيص بطريق النهي فقال لا تعمل في غير هذه السوق فيتخصص **قوله** وفي التخصيص فائدة (و)

(كتاب المضاربة)

قال فان خرج الى غير تلك البلد واشترى ضمن وكان ذلك لدوله ربحه لانه تصرف
بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها بري من الضمان كالمودع
اذا خالف في الودبعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبنائه في يده بالعقد السابق
وكذا اذا ارد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة
لما قلنا ثم شرط الشري ههنا وهو رواية الجاعم الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس
الاخراج والصحيح ان بالشري يتقرر الضمان لنزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه
اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشري للثبوت لا لاصل الوجوب وهذا
بخلاف ما اذا قال ابي ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التبيد لان المصر مع
تباين اطرافه كبتعة واحدة فلا يفيد التبيد الا اذا صرح بالنهاي بان قال اعمل في السوق
ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول على
ان تعمل كذا وفي مكان كذا او كذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة

وهي صيانة ماله عن خطر الطريق وصيانة ماله عن خيانتا المضارب حيث امكند المنع عنها
واختلاف الاسعار باختلاف البلدان والمضارب مادام في المصر لا يستحق العقد في مال المضاربة *
قوله واشترى ببعضه اي وقد كان اشترى ببعضه في المصر الذي عينه **قوله** لما قلنا اشارة
الى قوله لبقائه في يده بالعقد السابق **قوله** الا اذا صرح بالنهاي لان الدلالة لا تعارض
الصريح وهذا كوضع المائدة بين قوم يكون اذنا بالتناول اما اذا صرح بالنهاي لا يباح
التناول **قوله** ومعنى التخصيص ان يقول ما يفيد التخصيص من الالفاظ الستة رفعت
اليك مال مضاربة على ان يعمل به بالكوفة او يعمل به بالكوفة بالجزم او يعمل بالرفع
او اعمل به بالكوفة او قال دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة وما لا يفيد لفظان دفعت
اليك مضاربة بالنصف واعمل بالكوفة او قال اعمل بالكوفة فالضابطة ان رب المال متين
ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبينا على ما قبله تجعل (مبينا)

لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الغاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للاتصاق اما انما قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال علي ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقيد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال علي ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع ما لا في الصرف علي ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقيد بالمكان وفائدة الثاني التقيد بالنوع صبيحا عليه كما في الالفاظ الستة وان استقام الابتداء بلا يني علي ما قبله ويجعل مبتدأ كذا في اللغتين الآخرين وح يكون الزيادة مشورة *

قوله لانه تفسير له الكلام المبهم تعقيد تفسير الحكم لذلك التفسير وقوله فاعمل به في معنى التفسير ايضا لان الغاء للوصل والتعقيب والذي يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه انه تفسير وكذلك لو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للاتصاق فيقتضي ان يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة وموجب كلامه العمل بالمال وانما يتحقق الصاقه بالكوفة اذا عمل بهادون غيرها اما اذا قال خذه مضاربة بالنصف واعمل به في الكوفة فله ان يعمل به حيث شا لان الواو للعطف والشئ لا يعطف علي نفسه وقد تكون الابتداء وقوله خذه مضاربة بالنصف واعمل به عطف او ابتداء فيكون مشورة لاشراطا فان قيل لم لا يجعل قوله واعمل به حالا كما في قوله ادالي الفا وانت حر قلنا قوله واعمل به لا يصلح للحال بخلاف قوله وانت حر لان العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ علي انا نقول الواو تستعار للحال مجازا فصارت الى الحاجة الى تصحيح الكلام والكلام صحيحها باعتبار الحقيقة فلا حاجة الى حملها على المجاز **قوله** لان فائدة الاول التقيد بالمكان لانه لا فائدة في تقيد به اهل الكوفة لان اهل الكوفة على آراء مختلفة وطبائع متفاوتة كما كان عليه اهل سائر البلدان وهم يجملتهم لا يتفقون في حسن المعاملة فلا يفيد التخصيص بهم وفي التخصيص بالمكان فائدة صيانة المال فيزيد به وفائدة الثاني التقيد بالسرع لانه لما لم يخص (المعاملة)

هذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك **قال** وكذلك ان وقت المضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه لو كبل فيتوقف بما وقته والتوقيت مفيد فانه تقيد بالزمان نصار كالتيقيد بالنوع والمكان **قال** وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقراءة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعنته ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالتبض كشرى الخمر والشرى بالهيئة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المتكسر **قال** ولو فعل صار مشترياً بنفسه دون المضاربة لان الشرى متى وجد ثبانا على المشتري نفذ عليه كالموكيل بالشرى اذا خالف **قال** فان كان في المال ربح لم يجز لدان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المتكسر وان اشترى هم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشترياً للعبد فيضمن بالتقدم مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذا شركته فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشرى عتق نصيبهم منهم ملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئاً لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء ثبت من طريق الحكم فنصار المعاملة بشخص بعينه بل خص من يعامل ذلك النوع في معاملته وهم الصيارفة علم بهذا ان مرادة تخصيص بيع الصرف لا الشرى من الصيارفة *

قوله هذا هو المراد عرفاً اي بالاول والثاني **قوله** لقراءة او غيرها كالمحلول بعنته **قوله** لان العقد وضع لتحصيل الربح اي عقد المضاربة بخلاف الوكالة فان الوكيل بشرى العبد مطلقاً بالف درهم يملك ان يشتري بها عبداً يعتق على موكله بالقراءة او باليمين ولا يصير مخالفاً لان الوكالة مطلقة والمضاربة مقيدة بشرى شيء يحصل فيه الربح بالبيع فاذا اشترى ما لا يقدر على البيع فقد خالف حتى لو قال في الوكالة اشتر لي جارية او عبداً بالف درهم ابيعه فاشترى عبداً يعتق عليه صار مخالفاً ولا فرق بينهما حينئذ **قوله** بخلاف البيع الفاسد اي يدخل البيع الفاسد في المضاربة كما اذا اشترى عبداً او ثوباً بخمراً وخنزيراً لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود **قوله** على الاختلاف المعروف (اي)

كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتسبت ماله عندده فيسعى فيه كما في الوراثة **قال** فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الف فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الف وخمسائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لقتد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة

اي يفسد نصيب رب المال عند ابي حنيفة ربح ويعتق عندهما بناء على تجزي الاعتاق وعدمه * **قوله** كما اذا ورثه مع غيره صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وترك زوجا واخا **قوله** ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه اي من العبد وهو رأس المال ونصيبه من الربح **قوله** والمدعي موسر قيد به لان ضمان الاعتاق انما يكون اذا كان المعتق موسرا ودعوة المضارب اعتاق في حق الولد فينبغي ان يضمن المضارب لرب المال اذا كان موسرا ومع ذلك لم يضمن لعدم الصنع منه **قوله** حملا على فراش النكاح بان يزوجهامنه يائنها **قوله** كمال المضاربة اذا صار اعيانا اي اجناسا مختلفة حقيقة او حكما حتى لو كان اعيانا من جنس واحد كل عين يساوي رأس المال يظهر الربح كما اذا اشترى فرسين كل واحد منهما يساوي الف ورأس المال الف كان له ربحها حتى لو وهب لرجل وسلمه اليه صح اما العبد فعند ابي حنيفة رحمه الله اجناس مختلفة لفحش التناوت في المعاني الباطنة وعندهما كذلك الا ان يرى القاضي الصلاح في الجمع او يتراضوا على ذلك فحينئذ يجمع فان قيل لماذا لا يجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لما ان الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فيجب ان يبقى كذلك قلنا ان تعينها كان لعدم المزاحم لانها (رأس)

لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا
 اخبار نجازان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقرب حرة بعد غيرة ثم اشترى فاذا اصحت الدعوة
 وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بطنه ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد لان
 عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا يصنع له فيه وهذا ضمان اعتاق
 فلو اد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعى الغلام لانه احتسبت ماله عند ربه ان يعتق
 لان المستسعي كالمكاتب عند ابي حنيفة ربح ويستسعيه في الف وما يتين وحمسين لان
 الالف مستحق برأس المال والخمسة اربعة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار
 ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما
 استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء فظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت
 دعوة صحبة لاحتمال الفراش الثابت بالسكاح وتوقف نفاذها لنقد ملك فاذا ظهر الملك
 نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية اقام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك

رأس المال وراهم وبعد الولد تحققت المزا حمة فذهب تعيينها لرأس المال ثم انما لا يتعين
 احدهما لرأس المال لان احدهما ليس باولي من الآخر للتعين لرأس المال *

قوله لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك لان
 صحة الانشاء محتمل تعتمد قيام المحلية في الحال وصحة الاخبار تعتمد احتمال المخبرية
 في الزمان الماضي وههنا ممكن المخبرية لاحتمال ان يكون على الفراش لصحة دعوته
 ظاهر فينفذ عند وجود الشرط **قوله** ولا يصنع له فيه اي في الملك لانه حصل بزيادة القيمة
قوله كالمكاتب عند ابي حنيفة ربح اي يقبل الاعتاق كما يقبل المكاتب **قوله** فظهر ان
 الجارية كلها ربح وانما لم يجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحا لان ما يجب على الولد
 من جنس رأس المال وانه مقدم في الاستيفاء فكان تعيينه لرأس المال اولى ولما صارت الجارية
 ربحا فعقرها الواجب على المضارب بصير ربحا ايضا فيكون بينهما *

(قوله)

وضمن التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ووراثته
يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على مامر *

باب المضارب يضارب .

قال اذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع
ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا اربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن
عن ابي حنيفة رح وقال اذا عمل به ضمن ربح اولم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رح
يضمن بالدفع عمل اولم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف رح لان المملوك له الدفع على وجه
الابداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ابداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة
بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولا يبي حنيفة رح ان الدفع قبل العمل ابداع وبعده ابضاع
والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فيضمن
كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول
وان عمل الثاني لانه اجبر فيه وله اجر مثله فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن
الاول ولم يذكر الثاني وفيما ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن

قوله وضمن التملك لا يستدعي صنعا لان ضمان التملك يرجع الى المحل فيستوي
فيه التعدي وغيره كالتائم اذا انقلب على شيء وتلفه **قوله** ثم ملكها هو وغيره ووراثته كالاخ
تزوج بجارية اخيه فمات المولى وترك التجارة بين الزوج واخ آخر يملكها الزوج
ويضمن نصيب شريكه لانه ضمان الملك **قوله** بخلاف ضمان الولد لانه ضمان اعتاق
فلا بد من التعدي ولم يوجد **قوله** على مامر اشارة الى قوله ولا يضمن لرب المال شيئا
من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا يصنع له فيه *

باب المضارب يضارب

قوله وان كانت فاسدة اي المضاربة الثانية دل عليه قوله لانه اجبر فيه والحكم لا يختلف (بين)

(كتاب المضارب باب المضارب يضارب)

بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عند ما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق بين هذه وبين مودع المودع

بين ما اذا كانت الاولى فاسدة او الثانية او كلتا هما وفي الذخيرة وانما يجب الضمان عليهما اذا كانت المضاربة جائزتين فاما اذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما حتى لو هلك المال في يد الثاني فلا ضمان لان الضمان على الاول بسبب اشتراك الثاني في الربح واذا كانتا فاسدتين فما اثبت الاول للثاني شركة في الربح بل استأجر الثاني ليعمل في مال المضارب والمضارب اذا استأجر اجيرا ليعمل في مال المضاربة فعمل الاجير فلا ضمان على واحد منهما وكذلك ان كانت الاولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لان الثانية اذا كانت فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح بل يكون اجيرا والمضارب ان يستأجر اجيرا ليعمل في مال المضاربة وكذلك ان كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة لان الاولى متى كانت فاسدة تكون المضاربة الثانية فاسدة ايضا لانها لا تنفذ الشركة في الربح لان الربح كله لرب المال اذا كانت الاولى فاسدة فلا تنفذ الثانية شركة في الربح وكل مضاربة لا تنفذ الشركة في الربح تكون فاسدة فاذا كانت المضاربة الثانية فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح والضمان انما يجب اذا ثبت للثاني شركة في الربح فان قيل اذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الاولى لا يثبت هذا القسم وهو ما اذا كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة فلنا المراد من جواز الثانية في هذه الصورة كون المشروط للثاني من الربح مقدار ايجوز المضاربة به في الجملة بان كان المشروط للاول من الربح مائة ونصف الربح مع زيادة مائة والمشروط للثاني نصف الربح او ثلثه *

قوله بناء على اختلافهم في مودع المودع اذا اودع رجل وديعة واودع المودع عند آخر وهلك في يد الثاني لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله وعند هارب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني كما في المضارب الثاني عنده لا يضمن وعند هارب رب المال *

(قوله)

ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرط الا نذهبهم انه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له

قوله ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول لان على الاول حفظ المودعة فاذا دفع الى غيره يكون الثاني عاملا له بامر في القبض فينتقل عمله الى الاول فصار كأنه حفظه بنفسه ولو هلك في يد الاول لا يجب الضمان فكذا اذا هلك في يد الثاني اما المضارب الثاني فعامل لنفسه في القبض لانه انما يقبضه لاكتساب الربح لنفسه فلا ينتقل عمله الى الغير **قوله** لانه عامل له اي لان المضارب الثاني عامل لأجل المضارب الاول فان قيل بين هذا وبين ما تقدم وهو قوله اما المضارب يعمل فيه لنفع نفسه تناقض ظاهر حيث جعل المضارب الثاني في حق عمل واحد عاملا لنفسه ولغيره قلنا نعم كذلك الا ان ذلك بحسب اختلاف الجهة لما ان المضاربة مشتملة على عقود وذلك المضارب عامل لنفسه بسبب شركة في الربح وعامل لغيره بسبب انه في الابتداء مودع المودع وعمل المودع وهو الحفاظ للمودع وتسمية الشيء الواحد باسمين بسبب اختلاف الجهة لا يكون تناقضا كشخص له اب وابن يسمى ذلك الشخص بالاب والابن بحسب اختلاف الجهة ولا يكون تناقضا **قوله** وان ضمن الثاني يرجع على الاول بالعقد يعني بسببه وصحت المضاربة فان قيل المالك لو اختار تضمين المرتهن من الغاصب يرجع المرتهن على الراهن بما ضمن ولم ينفذ عقد الرهن قلنا الرجوع على الراهن انما يكون باعتبار التسليم الذي وجد بعد العقد فلم ينفذ العقد السابق وعقد الرهن لازم فيعطى لبقائه حكم ابتداءه فلا يثبت الملك سابقا على عقد الرهن فلا ينفذ بخلاف المضاربة فانه عقد جائز فلا يعطى لبقائه حكم ابتداءه فصار كما لمجدد للعقد بعد اداء الضمان * (قوله)

(كتاب المضارب باب المضارب يضارب)

كما في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما
 شرط لأن قرار الضمان على الأول فكانه صمته ابتداء ويطيب الربح الثاني ولا يطيب
 للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعينه ولا خبث في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء
 الضمان فلا يعري عن نوع خبث **قال** وإذا دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن
 يدفع إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فإن كان رب المال قال له على أن مارزق الله
 فهو بينا نصفان فلرب المال النصف والمضارب الثاني الثلث والمضارب الأول السدس لأن
 الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة مالك ورب المال شرط لنفسه نصف
 جميع مارزق فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف نصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر
 ثلث الجميع الثاني فيكون له لم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول
 كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وإن كان قال له على
 أن مارزقك الله فهو بينا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب
 المال نصفان لأنه فوض اليد التصرف وجعل لنفسه نصف مارزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون
 بينهما بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترا ولو كان قال له فما ربحت من
 شيء فيني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب
 المال لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد
 جعل رب المال لنفسه مباح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على أن مارزق
 الله تعالى فلي نصعه أو قال فما كان من فضل فيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة
 بالنصف فلرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول لأنه جعل
 لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني
 بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استوجر لخط ثوب بدرهم فاستأجر غيره ليخطه بمثله *

قوله كما في المودع أي مودع الغاصب إذا ضمن يرجع على الغاصب المودع **قوله** فلا يعري آه
 لأنه ثابت من وجهه دون وجهه فمن حيث أنه لا ملك له تمكن الخبث فيه فيكون سبيله التصديق * (توله)

وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح ولرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن اداء السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غرة في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجو لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخطه بدرهم ونصف *

فصل

واذا شرط للمضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معدول نفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يد معتبرة خصوصا اذا كان مآذونا له واشترط العمل اذن له وله ان لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه وله ان يجوز بيع المولى من عبده المأذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلى بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على مأمور واذا صححت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى *

قوله وهو سبب الرجوع اي الغرور في العقد سبب الرجوع وانما قيد بالغرور في ضمن العقد لان الغرور لو لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لآخر هذا الطريق آمن وهو ليس بأمن فدخل فيه فقطع الطريق عليه قاطع الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه والله اعلم *

فصل

قوله لعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه التقييد لعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم ان يد العبد للمولى فيمنع التخلى فقال هو جائز اي سواء كان على العبد دين او لم يكن لان عبد رب المال في حق المضاربة كعبد اجنبي آخر ولا يمنع التخلى لان للعبد يد معتبرة **قوله** وله ان لا يكون للمولى اخذ ما اودعه العبد اي اذا كان غائبا **قوله** وان كان محجورا عليه اي (عنه)

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل في العزل والقسمة)

ولو عقد العبد المأذون عقدا المضاربة مع احبني وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رح لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف *

فصل في العزل والقسمة

واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت المكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعباد بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان الحقوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه بتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح

صدا لا بداع وفي الذخيرة اذا شرط بعض الربح لعبد المضارب او لعبد رب المال فان شرط عمل العبد مع ذلك فالمضاربة جائزة والشرط جائز ايضا على كل حال وان لم يشترط عمل العبد مع ذلك ان لم يكن على العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب او عبد رب المال لانه تعذر تصحيح هذا في حق العبد لان الربح انما يستحق اما برأس المال او بالعمل او بضمان العمل ولم يوجد واحد من هذه الاشياء في حق العبد وامكن تصحيحه في حق مولاه لان ما شرط للعبد مشروط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان على العبد دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة رضي الله عنه لا يصح الشرط ويكون المشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف والله اعلم *

فصل في العزل والقسمة

قوله وان ارتد رب المال عن الاسلام والعباد بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا رجع المرتد وهرب المال مسلما جاز جميع ما فعل من البيع والشراء وكان (عقد)

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل في الغزل والقسمة)

لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة - صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فثبتت المضاربة **قال** فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد ان يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروس فلان يبيعها ولا يمنع الغزل من ذلك لان حقه قد ثبت في البيع وانما يظهر بالقسمة وهي تبني على رأس المال وانما ينض بالبيع

عقد هذا المضاربة على ما شرط اما اذا لم يتصل قضاء التقاضي بلحاظه فلان هذا بمنزلة الغيبة فلا يوجب الغزل ولا بطلان الاهلية وما بعد المحاق والقضاء به فالوكيل ينزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل واما ههنا لا يبطل مكان حق المضارب كما لو مات حقيقة كذا في المبسوط *

قوله لانه يتصرف له اي لان المضارب يتصرف لرب المال **قوله** ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها اي في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع او وضع ثم قتل على رده او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرط لان توقف تصرفاته عند ابي حنيفة رحمه الله لتعلق حق ورثته بماله او لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة لانه نائب فيه عن رب المال او هو مصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك فلهذا انفذ تصرفه والعهد في جميع ما باع واشترى على رب المال في قول ابي حنيفة رحمه الله لان حكم العهد يتوقف برده وهذا لانه لو لزمته العهد لكان قضاء ذلك من ماله ولا تصرف له في ماله فاذا انتهت العهد عنه فان قتل على رده تعلق لمن انتفع بتصرفه بمنزلة الصبي المحجور عليه اذا وكل بالشراء للغير وبالبيع وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حاله في التصرف بعد الردة كحاله قبل الردة فا لعهد عليه ويرجع بذلك على رب المال **قوله** لان له عبارة صحيحة لان صحة عبارته لا دميته ولا نقصان فيها بعد الردة لانه يتكلم عن عقل وتميز كما قبل الردة ولهذا لو اسلم صح اسلامه **قوله** فله ان يبيعها ولا يمنع الغزل عن ذلك ففي هذه المسئلة يخالف المضارب الوكيل ثم (ما)

(كتاب المضارب... باب المضارب يضارب... فصل في العزل والقسمه)

قال ثم لا يجوز ان يشتري بتمنها شيئاً آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار وقد افعل العزل فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجزله ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رخص وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على التقلب ان يبيعها بجنس رأس المال استحساناً لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها *

قال واذا اشتراقت في المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجبر والربح كالا حراً وان لم يربح لم يدرجه الاقتضاء لانه وكيل محض

ما لم يبعه عزول رب المال عن بيعها ما كبيعها نقداً ونسيئته حتى لو نجاه رب المال عن البيع نسيئته لا يعمل نهيه وكذلك لا يمنع عن المسافرة في الروايات المشهورة *

قوله فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير وقد نضت فان كان رأس المال دنانير وله دراهم او بالعكس له ان يبيعها بجنس رأس المال استحساناً لا بالعروض والقباس ان لا يجوز تصرفه ثموت المجانسة بينهما من حيث النسبة فصار كان رأس المال قد نض وجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد مثل رأس المال وذا لا يمكن الا ان يبيع ما في يده بجنس رأس المال فصار كالعروض نضيض الماء خروجه من الحجر ونحوه وسبلانه قليلاً قليلاً من حد ضرب وانه خذ ما نض لك من دينك اي تيسر وتحصل وفي الحديث يقسمان ما نض بينهما من العين اي صار ورقاً وعيناً بعد ان كان متاعاً والناض عند اهل الحجر الدراهم والدنانير كذا في المغرب **قوله** وعلى هذا موت رب المال اي اذا مات رب المال والمال عروض فله ان يبيعها كما اذا عزله رب المال **قوله** ونحوها اي نحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والتقد دنانير او على القلب وان لم يكن في المال ربح و هو ديون على الناس والمضارب بمنع من الاقتضاء يقال له وكل الورثة في الاقتضاء * (قوله)

والمنبرع لا يجبر على ابقاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكله وتوكله كيلا يضيع حقه فان في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكيل والمواد منه الوكالة على هذا اسائر الوكالات والبيع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعدلان باجرة جادة **قال** وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع او الى كذا يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا يفتسما الربح والمضاربة يحالها ثم هلك المال بفضله او كله تراءى الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال

قوله والمنبرع لا يجبر على ابقاء ما تبرع به لا يقال انه قد وجب رد رأس المال عليه على الصفة التي اخذ فينبغي ان يجبر على الاقتضاء حتى يكون الرد بمثل ما اخذ فلما الواجب رفع يده لا التسليم كالمودع فاذا احال به اي وكله فقد ازال يده عنه وعلى هذا كل وكيل بالبيع اذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على ان يحيل رب المال بالثمن على المشتري وكذا المستبضع واما الذي يبيع بالاجر كالبيع والسمسار فانه يجعل بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبر على التقاضي والاستيناء لانه وصل اليه بدل عمله وهو كالمضارب اذا كان في المال ربح **قوله** وتوكله اي قبوله الوكالة من توكل اذا قبل الوكالة واذا دفع الرجل الى السمسار الف درهم وقال اشتر بها لي رطلين باحد عشرة درهما فهذا فاسد لانه استأجر بعمل مجهول والشرى قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات والحبلة في جواز هذا هو ان يستأجره يوما الى الليل باجر معلوم ليبيع له وليشتري له فهذا جاز لان العقد يتناول منافعه ههنا وهو معلوم ببيان المدة والاجير قادر على ابقاء المعنود عليه الا ترى انه لو سلم نفسه اليه في جميع المدة استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع او شري بخلاف الاول فان المعنود عليه هناك البيع والشرى حتى لا يجب الاجر بنفس التسليم اذا لم يقيم العمل *

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل فيما يفعله المضارب)

لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا
هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه
لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من رأس ماله واذا استوفي رأس المال فان
صل شي كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بيناه فلما قسم الربح وفسخا
المضارب بئذ تم عقد اهما فهلك المال لم يتراد الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية
عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر *

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار
فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف
بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب

قوله لان قسمة الربح لا يصح قبل استيفاء رأس المال لان الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال
الى رب المال **قوله** لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له لتصور رأس المال بدون وعده
تصوره بدون رأس المال **قوله** لما بينا اي لانه امين والله اعلم *

* فصل فيما يفعله المضارب *

قوله ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة وقال ابن ابي ليلى ليس له ان يبيع بالنسيئة
لانه يوجب قسمة ربحه عن المال والتصرف فيه فيضاد ما هو متصور رب المال وهو كالا قراض
الا ترى ان البائع بالنسيئة يعتبر من الثلث وكان بمثلثة التبرع ولنا انه من صنيع التجار
وهو اقرب الى تحصيل متصور رب المال وهو الربح فانه في الغالب انما يحصل بالنسيئة
والدليل على ان البيع نسيئة تجارة مطلقة قوله تعالى الا ان يكون تجارة حاضرة تديرونها
بينكم فالآية تدل على ان التجارة قد تكون غائبة وليس ذلك الا البيع بالنسيئة * (قوله)

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل فيما يفعله المضارب)

وليس له ان يشتري سفينة للركوب ولما ان يستكرها اعتبار العادة التجارولة ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالتقديم اخر الثمن جاز لا جماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقائل ثم يبيع نسبيته ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف ر ح فلانه يملك الا قاله ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الا قاله * ولو احتال بالثمن على الايسر والاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط الظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة

قوله وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيد بقوله للركوب لان له شراء السفينة للبيع اذا لم يخص له رب المال التجارة في شيء بعينه **قوله** في الرواية المشهورة احتراز به عن ابي رستم عن محمد رحمهما الله انه لا يملك الاذن في التجارة **قوله** اما عند هماي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله **قوله** فالمضارب اولى لان ولاية المضارب اعم لانه شريك في الربح او يعرضه ان يصير شريكا **قوله** الا ان المضارب لا يضمن فيه اشارة الى ان الوكيل يضمن **قوله** اما عند ابي يوسف رحمه الله فلانه اي فلان المضارب يملك الا قاله ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك اي البيع بالنساء بعد الا قاله ولا يملك الا قاله ايضا عند ابي يوسف فلم يمكن ان يجعل تأجيله الثمن بدلالة الا قاله والبيع بالنسيئة بعد ها وتقريره ان المضارب لما كان يملك الا قاله والبيع بالنساء بواسطة الا قاله امكن جعله بائعا ابتداء بالنسيئة بخلاف الوكيل فانه لما لم يملك البيع بالنسيئة بواسطة الا قاله لم يكن جعله بائعا ابتداء فان قيل ينبغي ان لا يكون للمضارب البيع بالنسيئة لان ذلك يوجب قصريته عن مال المضاربة والتصرف فيه فيكون ضدا لما هو مقصود رب المال فيكون بمنزلة الاقراض الا ترى ان البيع بالنسيئة من المريض يعتبر من الثلث وهذا قول ابن ابي ليلى قلنا البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو اقرب الى تحصيل المقصود وهو الربح فالربح في الغالب انما يحصل بالبيع بالنسيئة دون النقد ولانه مأذون في التجارة مطلقا وهذا من التجارة **قوله** ولو احتال بالثمن اي قبل الحوالة بان باع المضارب (و)

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل فيما يفعله المضارب)

وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملتها التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والارتهاق والرهن لانه
اباء واستيفاء والاجارة والاستجار والايدياع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع
لا يملكه مطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق
عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخط مال المضاربة بماله
او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة
ولا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التمييز فمن هذا الوجه يوافق فيدخل فيه عند
وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله
اعمل برأيك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد
ما اشترى برأس المال الساعة وما اشبه ذلك لا يصير المال زائدا على ما اعتد عليه المضاربة
والا يرضى به ولا يعمل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما
نصفين بدلالة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاء مال لافراض
والعتق بمال وغيره مال والكتة بدلالة ليس بتجارة والافراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض *

واجل بالدين جاز سواء كان المحتمل عليه ايسر في استيفاء الدين او اعسر *

قوله وتوابعها الا بداع والابضاع **قوله** ومن جملتها اي ومن جملته باب المضاربة **قوله** وهو
الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال سلعة لان الاستدانة
تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يملكها المضارب الا بالتنصيص عليه
وعند التنصيص عليه يعتبر هذا التصرف بنفسه فيصير بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة
اذا ليس لواحد منهما فيه رأس المال فيكون المشتري بينهما نصفين والدين عليهما نصفين
ولا يتغير موجب المضاربة لان هذه شركة وجوه ضمت الى المضاربة فلم يتغير موجب المضاربة
وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما اشترط **قوله** وما اشبه ذلك اي من انواع
الاستدانة كما اذا اشترى سلعة باكثر من مال المضارب وهو الاف مثلا كانت حصة (الاف)

قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب لا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وضار كالكتابة والاعتاق على مال لانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا **قال** فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال منصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيل فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيله عنه في التصرف والا بضاع توكيل منه فلا يكون استرداد بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب لموضوع واذا لم تصم بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى *
 الاف للمضاربة وما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والمال دين عليه لان الاستدانة نفذت عليه خاصة ومما شبهه ايضا استيجار الدواب لنقل الامتعة بعد ما اشترى رأس المال وكذا الاستدانة لقسارة الثياب ومما شبهه ايضا ان رأس المال لو كان الف درهم فليس له ان يشتري بالملكيل والموزون والمعدود لانه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينقد على المضاربة اما لو كان في يده درهم وشرى بدنانير نفذ على المضاربة استحسانا لانهما كالجنس الواحد في الثمنية فصا وكما لو كان ذلك الجنس في يده وانقول وصاراد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والدين عليه لا يقال هذا يؤدي الى خلط مال المضاربة بمال نفسه لان الاختلاط انما يثبت حكما لشرائه بالمالين لا بفعل من قبله فلا يعد خلافا وعليه تقديروا قوله اعمل برأيك لا يحتاج الى هذا العذر فانه يملك الخلط *

قوله فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة لا يتفاوت الحكم بين ان يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة او كله **قوله** والا بضاع (توكيل)

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل فيما يفعل المضارب)

قال وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعتاده شراء وكراء في المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بأزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لأنه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالاتفاق من ماله أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في جبر التردد فلو انتق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه اجبر وبخلاف البضاعة لأنه منبر **قال** فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما تصرف إلى الحاجة الراتبية

توكيل منه فلا يكون استوراذاً فإن قيل تنسب البضاعة أن يكون المال للبضغ والعمل من الآخرو ههنا ليس للبضغ مال فلم يصير بضاعة لعدم ركنه قلنا لأنم أن تفسيره ذاك بل تفسير البضاعة هو الاستعانة ورب المال يصلح معناً لأنه اشفق الناس إليه تصرفاً فلما صح استعانة المضارب بالأجنبي أو أي أن يصلح استعانة برب المال فإن قيل الأجنبي يصلح معناً للمضارب لأنه عامل في مال غيره بامره ورب المال يعمل فيما هو مال له فلا يصلح معناً الأتري أن من استأجر خياطاً ليخيط له ثوباً واستعان الاجير بالمستأجر في الخياطة فعمل المستأجر وهو الخياطة لا يتحول إلى الاجير حتى لا يتضي له بالاجرة فعلى هذا ينبغي أن لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب قلنا في المضاربة معنى الاجارة والشركة جميعاً ومعنى الشركة فيها راجح حتى جازت من غير توقيت وكانت العبرة للشركة دون الاجارة وفي الشركة يجوز أن يستوجب أحد الشريكين بعض الربح بعمل صاحبه وإن لم يعمل بنفسه *

قوله وهذا بخلاف الاجير أي لا يستحق النفقة وإن سافر **قوله** فلو بقي شيء أي من الثياب أو طعام أو غيره **قوله** لانتهاء الاستحقاق أي بالرجوع إلى مصره كالحاج من الغير (إذا)

وهو ما ذكرنا ومن جملة ذلك غسل ثيابه واجرة اجبر يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج فيه اليه مادة ما أحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزة اعتبار المتعارف فيما بين التجار **قال** واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله يدخل في النفقة لانه لا صلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به نصار كالنفقة وجد الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواءها في ماله *

قال واذا ربح اخذ الرب المال ما انفق من رأس المال فان باع المتاع مربحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المأيلة بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها *

اذا بقي شيء من النفقة في بده بعد رجوعه وكاملواي اذا ابوأ أمته مع زوجها يتانم نقلها للخدمة وقد بقي من النفقة شيء كان للزوج ان يسترد ذلك عنها *

قوله وهو ما ذكرنا اراد الطعام والشراب والكسوة وغيرها على ما تقدم **قوله** ومن ذلك غسل ثيابه وفي الفوائد الظهيرية وما يحتاج اليه في غسل الثياب واجرة الحمام والحلاق في مال المضاربة وكان ينبغي ان لا يجب في مال المضاربة لان هذا مما لا يحتاج اليه في عموم الاوقات والنفقة مالا بد للانسان منه في عموم الاوقات فيجب ان لا يكون واجبا كاجرة الحجام والفصاد الا انقول اوجبناه في مال المضاربة لانه من صنيع التجار فانهم يحلقون رؤسهم ويقصون شواربهم ينقون ثيابهم ليزداد رغبات الناس في مباحاتهم ومعاملتهم فان الانسان متى كان طويل الشعر وسخن الثياب كان في عداد المفاليس والصعاليك فيقل معاملوه فصار اجرة الحمام والحلاق من جملة النفقة وكذلك ثمن الحرص والصابون **قوله** واجرة اجبر يخدمه اي يخبز او يطبخ او يغسل الثياب **قوله** اخذ الرب المال من الربح ما انفق اي اخذ الرب المال من الربح ما انفق المضارب من رأس المال تنميما لرأس ماله **قوله** حسب ما انفق على (١)

(كتاب المضارب ... باب المضارب يضارب ... فصل فيما يفعله المضارب)

قال فان كان معه الف واشترى بها ثيابا باقتصرها وحملها بمائة من عنده وقد قيل انه يعمل برأيك فهو منطوع لانه امتدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا لما يقال على ما مر * وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الا يبيض على المضارب بخلاف القصار والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع عمله ولا يصيب اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط فلا يضمنه *

المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والقصار والصباغ يريد بهذا ان ما اتفق على المتاع يضم الى رأس المال وبيع مباحة على الكل حتى لو اشتراه بالف درهم واستأجروا با تحمله الى مصره بمائة درهم فانه يبيع مباحة بالف ومائة ولكن لا يقول اشترته بالف ومائة بل يقول قام علي بكذا *

قوله وان صبغها احمر التخصيص بالاحمر لان السواد نقصان عند ابي حنيفة رحمه الله فاما سائر الالوان فمثل الحمر **قوله** لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب يعني اذا قصر الغاصب ثوب انسان بغير اذنه فازدادت قيمته بقصارته كان للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا بغير عوض واما اذا كان الغاصب صبغه احمر واصفر لم يكن للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شاء اخذ الثوب واعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب الا يبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه **قوله** انتظامه الخلط يعني قوله اعمل برأيك ينتظم الخلط فانه يملك بهذا اللفظ اثبات الشركة بالخلط لانه يحتمل ان يحصل الربح بهذا السبب فكذا ينتظم فعل الصبغ لان الصبغ عين مال قائم والصبغ خلط مال المضاربة بهذا الصبغ فاذا بيع الثوب يصير شريكا في ثمنه بحصة ما زاد الصبغ فيه بخلاف القصار والحمل فانه ليس بمال قائم حتى يصير شريكا بالخلط فكان استدانة على رب المال وانه لا يملك الاستدانة بقوله اعمل برأيك والله اعلم *

(فصل)

فصل آخر

قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بهابز افعاه بالفين واشترى بالالفين عبد افلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الف وخمسائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب انه هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسائة على ما بين فيكون عليه في الآخرة ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وانه الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال الفين وخمسائة لانه دفعه مرة الف ومرة الف وخمسائة ولا يبيعه مرا بحة الاعلى الفين لانه اشتراه بالفين

فصل آخر

قوله هذا الذي ذكره حاصل الجواب اشار الى قوله يغرم رب المال الا انه لا يغرم في الحال اذا الثمن في الحال كله على المضارب لانه هو العاقد **قوله** وبينهما منافاة اي بين كون الشيء مضمونا وبين كونه امانة لانه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه امانة وهذا لا يجوز نظيرة ما اذا استهلك المضارب رأس المال او انفقها واعطاه رجلا فاستهلكه لم يكن له ان يشتري عليه شيئا لانه صار مضمونا عليه بالتعدي ومن حكم المضارب ان يكون امينا فان اخذه من الذي استهلك كان له ان يشتري على المضاربة رواه الحسن من ابي حنيفة رحمه الله لانه احد العوضين فصار بمنزلة الثمن وروى محمد رحمه الله ان المضارب اذا اقرضه فان رجعت اليه دراهم بعينها رجعت على المضاربة لانه زال التعدي وان اخذ مثلها لم يرجع لان الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان (و)

(كتاب المضاربة ... باب المضارب يضارب ... فصل آخر)

ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة الاف يرفع رأس المال ويتبقى خمسمائة ربح بينهما **قال** وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه باه بالف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغائر المقاصد فعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المراجعة على الامة انكوالاحتراز من شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر غدا في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع **قال** فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بتقدير الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا فدا بخرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه واما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن تسعة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة ويتبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة لان رب المال هو كل وقرار الضمان انما يكون على الموكل *

قوله ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف فان المضارب يأخذ الفان ربع العبد كان له فيكون له ربع الثمن وهو الف فيبقى ثلاثة الاف يرفع منه رأس المال وهو الفان وخمس مائة ويبقى خمسمائة ربحا يقسمانه على ما شرط **قوله** فاشترى رب المال اي من اجنبي **قوله** لتغائر المقاصد اذ مقصوده وصوله الى الاف ومقصود المضارب وصوله الى المبيع **قوله** لانه اعتبر عدمه لانه لم يزل العبد عن ملكه ولم يستفد العالم يكن في ملكه ومبنى المراجعة على الامانة والتحرز من الخيانة فيكون البيع الثاني ملحقا بالعدم في حقها فكانه لم يوجد الا البيع الاول **قوله** وقد مر في البيوع اي في باب المراجعة **قوله** ظهر الربح بدليل انه يظهر في حق العتق اذا كان قريبا له ولو اعتهق ينفذ ايضا * (قوله)

(كتاب المضاربة ... باب المضارب يضارب ... فصل آخر)

بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كما بتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا على المضاربة بخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم **قال** وان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم يقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن

ثم وثم ورأس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينفيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة و فيما اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصير مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر *

قوله بخلاف ما تقدم ذكر في الفوائد الظهيرية فرق بين هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هناك ما يخص رب المال من المضاربة وهذا يخرج والفرق ان الواجب فيما تقدم ضمان التجارة و ضمان التجارة لا ينافي المضاربة والواجب هنا ضمان الجناية و ضمان الجناية ليس من التجارة في شيء فلا يبقى على المضاربة **قوله** يرجع مرة بعد اخرى لان الشراء لا يطل بهلاك الثمن فيبقى موجبا دين الثمن عليه وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين في العمل واستيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الالوف لان جميعها يصير رأس مال المضاربة وقبض رأس المال قبض امانة واستيفاء الدين انما يكون بقبض مضمون وقبض الامانة لا ينوب عن القبض المضمون فلهذا يرجع اليه مرة بعد اخرى الى ان يسقط عنه الثمن بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء لا يرجع بالثمن الامرة لان قبض الوكيل جازا تصافه بالضمان والامانة كالغاصب لذاتوكل ببيع المغصوب جازو يكون مضمونا عليه حتى لو هلك في يد الوكيل يجب الضمان واذا جازا تصافه بالضمان ففي هذه الصورة (يرجع)

(كتاب المضاربة... باب المضارب يضارب... فصل في الاختلاف)

فصل في الاختلاف

قال فإن كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفاء وربحت الفاء وقال رب المال لابل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رح يقول اول القول قول رب المال وهو قول زفر رح لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الي ما ذكره في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض واختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات *

يرجع مرة لان ذلك القبض لما سبق وجوب دين الثمن لم يكن بجهة الاستيفاء فلم يقع قبض ضمان بل قبض امانة فلا يتحقق الاستيفاء فيكون له الرجوع مرة للاستيفاء وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل الثمن اليه هذا قبض استيفاء لما كان بعد وجوب الثمن ولا رجوع بعد الاستيفاء والله اعلم *

فصل في الاختلاف

قوله لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض اي في مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض احترز به عما وقع الاختلاف في صفة المقبوض من كونه قرضا او وديعه او بضاعة فالقول فيه قول رب المال **قوله** ولو اختلف مع ذلك في مقدار الربح اي لو اختلفا في مقدار المشروط من الربح مع الاختلاف في رأس المال صورته ما ذكر في الايضاح واذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال والربح فقال رب المال رأس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف وشرطت لي النصف فالقول قول المضارب في قدر رأس المال والقول قول رب المال فيما شرط من الربح لانه يستفاد بشرطه وهو منكر للشرط وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينته لان رب المال يدعي فضلا في رأس المال والمضارب يدعي فضلا في الربح والبيانات شرعت للاثبات وفي الاوضح قال الامام رضي الدين رحمه الله رأيت في بعض (نسخ)

(كتاب المضاربة ... باب المضارب يضارب ... فصل في الاختلاف)

قال ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لعنان بالنصف وقد ربح الفأقول فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطاً من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او ودبعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بين المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي بجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد نوعاً فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بين المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وفيت البيتان وقتاً فصاحب الوقت الاخيراً ولم يأن لان آخر الشرطين ينقض الاول *

نسخ شروح الاصل ان البينة بين المضارب اذ هي المثبتة اذا الملك ثابت لرب المال في كل قد ولا يقوم عليه الحجة للمضارب لكون البعض رأس المال وكون البعض نماء رأس ماله فلا يكون الثبوت فيه بالبينة ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او ودبعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بين المضارب وفي عكسه بان ادعى رب المال القرض وادعى المضارب المضاربة فالبينة هناك بينة رب المال والقول قول المضارب لان رب المال لما ادعى القرض والمضارب المضاربة قد اتفقا على ان الاخذ كان باذن ورب المال يدعي ضماناً وهو ينكر فكان القول قوله والبينة بينة رب المال لانه مدع للضمان والبينة بينة المدعي كذا في الايضاح *

قوله وقال الاخر ابي المضارب فالقول للمضارب في دعوى العموم اي مع اليمين **قوله** لان الاصل فيه العموم يدل عليه انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك به جميع التجارات فلولم يكن مقتضى مطلق العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة **قوله** والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفي الضمان اي لاحتياجه الى اثبات الاذن في نوع يدعي الاذن فيه حتى ينتفي الضمان عنه وعدم حاجة الاخر ابي رب المال الى البينة لان ما يدعيه ثبت بقوله اذ هو المتمسك بالاصل **قوله** لان آخر الشرطين ينقض الاول (هذا)

(كتاب الودیعة)

كتاب الودیعة

قال الودیعة امانة في ید المودع اذا هلكت لم یضمنها لقوله علیه السلام ليس على المستعير غیر المغل ضمان ولا على المستودع

هذا من باب العمل بالبينتين لان العمل بهما ممكن بان نجعل كانه اذن له بالعموم او لاثم نهى عن العموم فاذن له بالخصوص او اذن له بالخصوص او لاثم اذن له بالعموم وان لم يوقت البينتان وقتا او وقتا على السواء او وقتت احد لهما وقتادون الاخرى یقضى ببينة رب المال لانه تعذر القضاء بهما معا لانهما لا یقعان معا ولا على الترتيب لان الشهود لم یشهدوا بالترتيب واذا تعذر القضاء بالامرين تعذر العمل بالبینتين فیعمل ببينة رب المال لانها ثبتت ما ليس بثابت هكذا ذكر فی الاصل وفي القدوري اذا اقام البينة فان نص شهود المضارب انه اعطاه مضاربة في كل تجارة فالبينة ببنته وان لم یشهدوا بهذا الحرف فالبينة ببينة رب المال وصورة توقیت البینتين قال رب المال في دعوى الخصوص دفعت اليك الغامضاربة في بزي رمضان واقام على ذلك بينة وقال المضارب دفعت الي الغا في شوال في طعام واقام على ذلك بينة وكل بينة شهدت بالتوقيت كما هو دعوى المدعي كانت بينة المضارب اولى لان الثاني ناسخ الاول والله اعلم بالصواب *

كتاب الودیعة

الودع الترك، وسميت الودیعة بها لانها شيء یترك عند الامین قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الودیعة والامانة بالعموم والخصوص فالودیعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالودیعة هي المستحفظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في یده من غیر قصد بان هبت الريح في نوب انسان والقة في حجر غيره والحكم في الودیعة انه یبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا یبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة والا یدع لغة تسليط الغير على حفظه اي شيء كان مالا او غیر (مال)

(كتاب الوديعة)

غير المغل ضمان وان بالناس حاجة الى الاستداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتعطل مصالحهم **قال** وللمودع ان يحفظها بنفسه ويد في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها بغيرهم ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والا يدبي تختلف في الامانة

مال يقال اودعت زيدا امالا واستودعته اياه اذ ادفعته اليه ليكون عنده فان اودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشرعية تسليط الغير على حفظ المال وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد ليتمكن من حفظه حتى لو اودع الابق والمال الساقط في البحر لا يصح وكون المودع مكلفا بشرط لوجوب الحفظ عليه وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة عنده وشرعيتها بالكتاب قال الله تعالى ان الله يأمركم ان تودوا وامانات الى اهلها واداء الامانة لا يكون الا بعد ها والسنة فالتبي عليه السلام كان يودع ويستودع واجماع الاصحاب به ومن بعدهم الى يومنا يودعون ويستودعون ولان قبول الوديعة من باب الاعانة وهي مندوبة بقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وبقوله عليه السلام ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه *

قوله غير المغل المغل الخائن والاغلال الخيانة **قوله** وبمن في عياله من زوجته او ولده او والديه او اجيره والعبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة حتى لو اودعت المرأة وديعتها الى زوجها لا يضمن وان لم يكن الزوج في نفقتها لما كان مساكنا ولا ابن الكبير اذا كان يسكن مع المودع ولم يكن في نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذي استاجره مشاهرة او مسانهة فاما الاجير يعمل من الاعمال فكسائر الاجانب يضمن بالدفع اليه وفي الفتاوى الصغرى تفسير من في عياله ان يساكن معه سواء كان في نفقته او لا والعبرة في هذا الباب للمساكنة لا في حق الزوجة والولد الصغير والعبد حتى ان الزوج اذا كان في محلة والزوجة في محلة اخرى ولا ينفق عليها (زوجها)

(كتاب الوديعه)

ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا
استأجر الحرز فيكون حائظا بحرزه نفسه **قال** الا ان يقع في دارة حريق فيسلمها الى جاره
او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه
الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الابينة لانه يدعي ضرورة مسقطه للضمان بعد
تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الابداع **قال** فان طلبها صاحبها بحبسها هو يقدر على
تسليمها غمها لانه متعدد بالمنع وهذا لانه لما طال به لم يكن راضيا بما ساء له بعده فيضمها بحبسها عنه *

زوجها ودفع الوديعه اليها الا ضمان على الزوج وكذا الابن الصغير اذا لم يكن في عياله فدفع اليه
لا يتضمن ولكن يشترط ان يكون الصغير قادرا على الحفظ وكذا العبد اذا لم يكن في عياله بمنزله
الابن الصغير فان حفظها بغيرهم او اودعها بغيرهم ضمن وقال ابن ابي ليلى لا يتضمن لانه ملك
الحفظ من جهة المالك فكان له ان يملك غيره كالمستعير **قال** العلامة حميد الدين رحمه معنى
قوله فان حفظها بغيرهم اذا كان باجرو ومعنى قوله اودعها اذا كان بغير اجرو **قال** معنى قوله فان
حفظها بغيرهم بان استحفظ المودع الوديعه في بيته بغيره بان ترك الوديعه والغير في بيته وخرج
هو بنفسه او اودعها بغيرهم بان نقل الوديعه من بيته ودفعها الى اجنبي وديعه *

قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله ولا يلزم المستعير حيث له ان يعير والمأذون له ان يأذن والمكاتب
له ان يكتب لان المستعير مالك والمأذون والمكاتب يتصرف بحكم فك الحجر
كما بعد العتق فملك ان يملك غيره بخلاف المودع فانه ما مور بالحفظ والمأ مور بالشي لا يملك
ان يفوض ما امر به الى غيره ولهذا الوكيل بالطلاق والعاق لا يوكل غيره وان كان الناس
لا يتفاوتون فيه **قوله** الا ان يقع في دارة حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ذكر
شمس الائمة الحلواني رحمه الله اذا وقع في بيت المودع حريق فدفع الوديعه الى اجنبي
فان امكنه ان يتناولها بعض من في عياله فهو ضامن والا فلا ضمان عليه ولا يصدق على
ذلك الابينة وفي الملتقى اذا علم انه احترق دارة قبل قوله لم يعلم لا يقبل الابينة * (قوله)

(كتاب الودعة)

قال وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لاسبيل للمودع عليها عند ابى حنيفة رح
وقالا اذا خلطها بجنسها شركة ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود
والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى
بالقسمة فكان استهلاكهما من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من
كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات
الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لاسبيل له على المخلوط عند ابى حنيفة رح
لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالايراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة
في المخلوط وخطم الحبل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انتطاع حق المالك الى
الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف
الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات
الاخر فتعذر التميز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابى حنيفة رح ينقطع حق
المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابى يوسف رح يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا
لللغالب اجزاء وعند محمد رح شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده

قوله شركة ان شاء ولو هلك قبل التميز هلك من ماله **قوله** وامكنه معنى بالقسمة اذا القسمة فيما
يكال او يوزن افراز وتعيين بالاجماع ولهذا يملك كل واحد من الشريكين ان يأخذ حصته نفسه بلا رضاء
وقضاء واذا كان استهلاكهما من وجه دون وجه فان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه مثله وان شاء
مال الى جانب القيام وشاركه في المخلوط **قوله** وله انه استهلاك من كل وجه لانه ليس الاستهلاك
من العباد الا هذا وهو التعيب واما انعدام المحل فبتخليق الله تعالى ولهذا كان له حق التضمين
بالاجماع وهو امانة الاستهلاك **قوله** ولا معتبر بالقسمة جواب عن قولهما وامكنه معنى بالقسمة
لان القسمة ليست بموصلة الى عين حقه ولكن جعلت طريقا للانتفاع بطريق الضرورة بناء
على قيام الشركة وحكمائها فلا تصلح علة موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة
قوله ولو ابرأ الخالط الى اخره بيان ثمرة الخلاف **قوله** ومن هذا القبيل اي من قبيل (ما)

(كتاب الوديعة)

على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذ اذابة لانه يصير ما نعا بالاذابة * **قال** وان اخلطت بماله من غير فعله فهو شريك اصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاخلطا لانه لا يضمنها العدم الصنع فيشتركان وهذا بالاتفاق **قال** وان اتفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم **قال** واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اورد عنها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع كان حكم العقد كما اذا استأجره المحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى ذائب المالك *

ما يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لانه لا يصل المالك الى عين ملكه الا بخرج والمتعسر كما لم تعذر ولان الحنطة لا تخلو من حبات الشعير والشعير لا يخلو من حبات الحنطة فتعذر التمييز حقيقة وتعذر التمييز حكما ايضا بالتقسمة لاختلاف الجنس لان التقسمة عند اختلاف الجنس غير مشروعة وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع هنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير المخلوط ملكا للخالط عند ابي حنيفة رحمه الله وفي الاستحسان لا يصير *

قوله على ما مر في الرضاع وهو قوله واذا اخلط لبن امرأتين الى قوله وقال محمد رحمه الله يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس **قوله** ضمن الجميع اي بعضه بالاتفاق وبعضه بالخلط وحكم الخلط ما مر من الوجوه وفاقا وخلافا وهذا لان ما اتفق صار دينا في ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون خلطا لما بقي بملك نفسه وهو موجب للضمان عليه نعم يدل المودع كيدته لكن فيما فوض اليه وهو الحفظ لاني الخلط وعند مالك والشافعي رحمه الله اذا اتفق بعضها صار ضامنا للكل لانه بالخيانة زالت الامانة فيجب الغرامة **قوله** ولان الامر (باق)

قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طال به بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب. ما نع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ من الضمان لارتفاع العقد اذا المطالبة بالرد رفع من جهته والجحد فسخ من جهة المودع كجحد الوكيل الوكالة وجحد احد المتعاقدين البيع فتم الرفع اولان المودع يتفرد بعزل نفسه بمحض من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بمحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحد عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رخص خلا فالزفر رحمه الله لان الجحد عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه باق لاطلاقه وهذا لانه قال احفظ مالي وهذا اللفظ يتناول جميع الاوقات ما قبل الخلاف وما بعده ولم يبطال بالخلاف لان بطلان الشيء بما وضع لا بطلاله او بما ينفيه والاستعمال ليس بموضوع لا بطل الايداع ولا ينفيه ولهذا اصح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء بان يقول للغاصب اودعك وهو مستعمل له واذا كان الامر بالحفظ باقيا فتدري بترك التعدي الى نائب المالك اعني نفسه وقول الشافعي رحمه الله لان عقد الودعة قد ارتفع قلنا ارتفاع العقد ما كان باعتبار معنى صادف العقد بل ضرورة فوات موجب العقد وهو الحفظ للمالك واذا كان الفوات ضروريا يتقدر بقدر الضرورة فيظهر اثر ارتفاع العقد في قدر ما وجد الخلاف فيه وفيما وراءه يبقى على ما كان *

قوله بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق لان العقد باق اذا الخلاف ليس برد للامر لان الامر قول ورد القول بقول مثله اما الجحد فهو قول ورد للامر لان الجاحد يكون متملكا للعين والمالك في ملكه لا يكون مأمورا بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه اوامر الشرع فالجحد فيها رد حتى لو انكر امر الله يكفر والخلاف لا يكون ردا حتى لو ترك صوما او صلوة لا يكفر **قوله** ولو جحد عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رحمه الله بان قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس لفلان عندي وديعة **قوله** خلا فالزفر رحمه الله انما قيد (باختلاهما)

(كتاب الودیعة)

او طلبه فبقی الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته **قال** وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح وقال ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رح ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفاضة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيقتيد به والشافعي رح يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصر لا يحفظهم ومن يكون في المفاضة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذانها المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذا الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا *

باختلافهما فحسب مع ان عدم وجوب الضمان مذهب العلماء الثلاثة رحبهم الله لان هذا الفصل ذكر في اختلاف زفر ويعقوب لا في غيره *

قوله او طلبه يعني اذا طلب المودع الوديعة فكانه عزله عن الحفظ ولم يوجد الطلب هنا ولا ينفرد هو بالعزل **قوله** وان كان لها حمل ومؤنة الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء ومنه ماله حمل ومؤنة يعنون ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهرا واجرة حامل وبيانه في لفظ الاصل ماله مؤنة في الحمل كذا في المغرب هذا اذا كان الطريق آمنا بان لا يقصده احد غالبا ولو قصده يمكنه دفعه بنفسه وبرفقة السفر ولم ينهه المودع عنها **قوله** وصار كالاستحفاظ باجر بان استاجر رجلا ليحفظ مائة شهر ابد رهم فساقر بالمال يضمن **قوله** والمعتاد كونهم في المصر لا يحفظهم جواب عن قول الشافعي رح **قوله** لانه عقد معاوضة لانه بالاجارة اشترى منفعه فالحفظ انما يتبع بمنافع المالك فيلزمه المقام مع المالك ليتمكن التسليم كما وجب عليه لان الداخل تحت العقد المنافع في المصر فاذا خرج صار مخالفا لان هذه المنافع غير داخلية فضمن وهنا انما يحفظ على سبيل المعونة فلا يحجر به هذا اذا لم يعين صاحب الوديعة المصر (الحفظ)

قال : اذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة ر ح وقال لا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الغافغاب اثنا فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وقال له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولا يبي حنيفة رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك للحفظ فيه بل اطلق الحفظ اطلاقا فان عين المالك عليه الحفظ في المصرف فان كان سفرا له منه بدضمن وان كان سفرا لا بد له منه فان امكنه الحفظ في المصرف مع السفر بان امكنه ان يترك واحدا من عياله مع الوديعة في المصرف ضمن وان لم يمكنه ذلك لا يضمن *

قوله وهو المراد بالمذكور في المختصر وهو قوله وان اودع رجلان وديعة وانما ذكر هذا احترازا من قول بعض المشائخ حيث قالوا الاختلاف في ما هو من ذوات الامثال وفيما هو من ذوات القيم سوء وفي المسئلة حكاية فان رجلين دخلا الحمام واودعا عند الحمامي هديانا فخرج احد هما قبل صاحبه واخذ الهميان وذهب به ثم خرج الآخر وطالبه بالهميان واعلمهما تواطيا على ذلك فتحير الحمامي فقبل له فصل هذا الامر عند ابي حنيفة رحمه الله فذهب اليه وقص عليه القصة فقال له ابو حنيفة رحمه الله لا تقل دفعته الي صاحبك ولكن قل لا ادفعه اليك حتى يحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامي كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** ولهذا كان له ان يأخذ ابي المودع الحاضر اذا طفر به هذا لان يد المودع كيد المودع ولو كان في يد المودع له ان يأخذ فكذا اذا كان في يد نائبه **قوله** ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع فانما الا لو اخذ نصيبه ثم هلك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب له ان يشاركه في المقبوض فان كان القسمة ليست بنا فذة *

(قوله)

لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان يأخذة قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغبرة فلغريمه ان يأخذة اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه **قال** وان اودع رجل عند رجلين شية مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يتقسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة ر ح وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقال لا احدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهم فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرخص بحفظ احدهما كله لان الفعل مني اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزئي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعها ولا يبيكنهما الاجتماع عليه اثناء الليل والنهار وامكنهما المهاباة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال واذا قل صاحب الوديعة للدودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه المودع عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته

قوله لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون **قوله** وعليه الف لغبرة الى آخره صورته اذا كان لرجل الف درهم وديعة عند انسان ولا آخر على الرجل المودع الف درهم فلصاحب الدين وهو الغريم ان يأخذ تلك الوديعة من يد المودع ان ظفر بها وان لم يكن للمودع ان يدفع الف الى غريمه **قوله** وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اي اذا رهن شيئا مما لا يقسم عند رجلين فلكل واحد من المرتهنين ان يحفظ الرهن باذن الآخر وكذا اذا وكل وكيلين بالشراء ودفع الثمن اليهما يكون لكل واحد من الوكيلين ان يحفظ الثمن باذن الآخر

قوله لان الفعل اي فعل الاستحفاظ * (قوله)

وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامه العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فبلغوا وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يوتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبروا ان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتغاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتغاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط *

قوله وهو محمل الاول اي فرواية الجامع الصغير يقول له فدفعها الي من لا يد له منه لم يضمن محمل رواية القدوري التي ذكرها مطلقا فانه لا يضمن حتى اذا كان له منه بد بان كانت الوديعة شيئا خفيفا يمكن للمودع استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه الي عياله ضمن وذكر في المغني واذا دفع الرجل الي غيره وديعة وقال له لا تدفعها الي امرأتك فاني اتهمها او قال الي ابنك او قال الي عبدك وما اشبه ذلك فدفع اليه فان كان لا يجد المودع بدا من الدفع اليه بان لم يكن له عيال سواه لم يضمن بالدفع اليه وان كان يجد منه بدا فهو ضامن المودع اذا وضع الوديعة في خانوته فقال له صاحبها لا تضع في الخانوت فانه مخوف فتركها فيه حتى سرق ليلا ان لم يكن له موضع آخر احرز من الخانوت لا يضمن وان كان له موضع آخر احرز من الخانوت فهو ضامن اذا كان قادرا على الحمل **قوله** فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لان البيتين قد يتغاوتان في الحرز بان يكون ظهرا احدهما الي السكة فيتمكن السارق من الاخذ منه ما لا يتمكن من البيت الاخر فيفيد الشرط وقد خالفه فيضمن **قوله** لا يتغاوتان في الحرز كما اذا قال له احفظها في هذا الجانب من البيت فحفظها في الجانب الاخر او قال احفظها في هذا الصندوق فحفظها في صندوق آخر *

(قوله)

قال ومن اودع رجلاً وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الآخر وهذا عند ابي حنيفة ربح وقال له ان يضمن ابهما شاء فان ضمن الاول لا يرجع على الآخر وان ضمن الآخر يرجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمنين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمنان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بمالحته من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه بحضور رأيه فلا تعدى منهما فان افارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يؤجد منه صنع فلا يضمنه كالربح اذا اقلت في حجرة ثوب غيره *

قال ومن كان في يده الف فادعاه رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابي ان يحلف لهما فالاف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفرد لتغاير الحقيين ببايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطئياً لقلبهما نفياً لتهمة الميال ثم ان حلف للاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة

قوله ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالربح اذا اقلت في حجرة ثوب غيره فان قيل الاول انما يصير مضيقاً بالمفارقة فاذا ضمن الاول بالترك عند الثاني كان من ضرورته ان يضمن الثاني قلنا رب المال لو قال اذنت لك ان تدفعه الي فلان لكن بشرط ان لا تفارقه ففارقته ضمن الاول دون الثاني وهذا تقدير مسئلتنا فصار الثاني مودعاً منفرداً في حق نفسه لانه لما لم يصرف نفس الايداع خيانتة بل صار دخالاً في ولايته حال حضرته حصلت الوديعة في يد الثاني امانة فلا يضمن بالامساك **قوله** صحيحة اي على سبيل الانفرد دون الاجتماع لاستحالة ان يكون الاف الواحد مودعاً من اثنين بكماله *

(قوله)

وان نكل اعني الثاني يقضى له لوجود الحجّة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجازان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولنكل للثاني ايضا يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستواءتهما في الحجّة كما اذا اقاما البيّنة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الآخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رح في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاص رح انه نفذ قضاءه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال وينبغي ان يحلفه عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمه عند محمد رح خلافا له وهذه فريضة تلك المسئلة وقد وقع فيه الاطّاب والله اعلم *

قوله وان نكل اعني للثاني اي بعد ما حلف للاول **قوله** ولا يقضى بالنكول لان من حجة الآخر ان يقول لو بدأت لي بالاستحلاف لكان ينكل ايضا **قوله** اما النكول انما يصير حجة عند القضاء ولهذا النكل ثم حلف لا يلزمه شيء **قوله** فينكشف وجه القضاء بانه يقضى بالالف لهما او لاحدهما لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولنكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فلذا يتوقف في القضاء حتى يظهر وجه القضاء **قوله** لانه اي لان المودع المنكر ببذله اي عند ابي حنيفة رحمه الله او باقراره اي عندهما **قوله** وذلك حجة في حقه اي في حق المودع المنكر **قوله** بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع (با)

كتاب العارية

قال عارية جائزة لأنها نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رح يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لأنها تعتقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبى عن التمليك بالنساء الى غيره بضمنه عند محمد رحمه الله اذا اقرب بالودعة لزيد ثم قال لابل اودعني فلان آخر قضي للاول لان الثاني رجوع فان دفعه الى الاول بغير قضاء ضمن وان دفعه بقضاء فكذلك عند محمد رح لانه مقربا وم الحفظ للثاني ثم عرضه للتلف باقرارة وعند ابي يوسف رح لا يضمن لان القبض كان باذن وان دفع باكره القاضي ووجه البناء على هذه المسئلة ان الاقرار بالودعة للثاني بعد ما استحقه الاول باقرارة الاول لما كان مفيدا لوجوب الضمان للمدبر الثاني عند محمد رح ينبغي ان يحلف للثاني وان استحقه الاول في مسئلة الكتاب عند محمد لان فائدة الحلف النكول وهو الاقرار والافترار للثاني مفيد للضمان له وعند ابي يوسف رح لا يحلف لانه لا يضمن بالاقرار عنده فكذلك بالنكول فلافائدة للتخليف والله اعلم *

كتاب العارية

في الصحاح العارية بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب وفي المغرب العارية فعليه منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة واخذها من العار العيب والعري خطأ وفي المبسوط وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بهما الا باستهلاك العين ولا يعر النوبة اليه في ملك العين ليكون عارية حقيقة ، انما يعر النوبة اليه في مثلها * **قوله** ولا يشترط فيه ضرب المدة اي اعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بذكر المادة ومع الجهالة لا يصح التمليك كما في الاجارة وكذلك يعمل فيه النهي اي يبطل (١)

فان العارية من العربة وهي العطية ولهذا اتعقد بلفظ التملك والمنافع قابلة للملك كالايمان والتملك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الايمان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتملك كما في الاجارة فانها اتعقد بلفظة الاباحة وهي تملك والجهالة لا تنفي الى المنازعة لعدم النزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع من التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما ذكره ان شاء الله تعالى **قال** وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانها بالتملك العين وعند عدم ارادته الهبة يحتمل على تملك المنافع بجوزا *

الاعارة بالنهي ولو كانت تملك لما بطلت بالنهي كالهبة والاجارة ولا يملك المستعير الاجارة من غيره ومن ملك شيئا بغير عوض يملك تملكه من غيره بغرض وبغير عوض كالموهوب له * **قوله** فان العارية من العربة وهي العطية هذا يخالف ما ذكر في المغرب الا ان يريد به المشاركة في اكثر الحروف ولهذا اتعقد بلفظة التملك بان من قال لغيره ملكتك صانف هذا العين شهرا كانت اعارة **قوله** ولفظة الاباحة استعيرت للتملك الى آخره جواب عن قول الكرخي **قوله** والجامع دفع الحاجة فان قلت الحاجة تندفع بالاباحة قلت لعل حاجته الى انتفاع الغير ايضا **قوله** وعند ذلك اي عند الانتفاع بالعارية **قوله** والنهي منع من التحصيل اي رجوع من تملك المنافع والرجوع عنه قبل اتصال الملك به يصح **قوله** لدفع زيادة الضرر اي لا يملك المستعير ان يواجر المستعار لان الاجارة ما وضعت في الشرع الا لازمة وفي ذلك مد باب الاستراد فيتضرر به المعير **قوله** واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيها اي بطريق المجاز لان عين الارض لا تطعم فيراد به ما يخرج فيها اطلاقا لاسم المحل على الحال **قوله** لانهد التملك العين لان معنى قوله منحك اعطيتك والمنحة والمنحة الشاة والناقاة الممنوحة من المنح هو ان يعطى الرجل الرجل ناقاة شاة ليشرب لبنها ثم يردّها اذا ذهب درها ثم كثر (١)

قال واخذ منك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكني لان معناه سكناها لك وداري لك عمري سكني لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكني تفسيراً لقوله لك لانه يحتمل تملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره **قال** وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه الصلوة والسلام المنحة مردودة والعارية موداة ولان المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حد ونها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه

استعماله حتى قيل في كل ما اعطي منح ويقال حمل الامر فلان ويراد به التملك وفي الكافي للعلامة النسفي رح وقوله في البداية ومنحك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذالم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تملك المنافع تجوزاً مشكلاً من وجوه أحدها انه قال اذالم يرد به الهبة وكان ينبغي ان يقول اذالم يرد بهما بدليل التعليل ويمكن ان يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور لقوله تعالى حوان بين ذلك وتأنبها انه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجازاً لتمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذ انوى بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة وتأنبها انها لما كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلانية فعند عدم ارادة الهبة لا يحمل على تملك المنفعة بل على الهبة وفي المستصفى شرح النافع قلنا جاز ان يكونا لتمليك العين حقيقة وتمليك المنفعة مجازاً والى هذا قال صاحب الهداية في كتاب العارية فيكون التقدير اذالم يرد به الهبة و اراد به العارية ويحتمل ان يكونا لتمليك المنفعة حقيقة وتمليك العين مجازاً واليه اشار فخر الاسلام رح في مبسوطه وصاحب الهداية في كتاب الهبة ويكون قوله اذالم يرد به الهبة للتأكيد ويحتمل ان يكون المعنيان حقيقياً لهما وانما يرجح احدهما لانه ادنى الامرين فيحمل عليه للتيقن به *

قوله المنحة مردودة المنحة نوع من العارية وهي ان يعطى الرجل شاة او ناقة او بقرة ليشرب لبنها ثم يرد الشاة او غيرها الى المالك وقوله مردودة اي مستحقة الرد والمستحق (بجهة)

قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعدل يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللغز لا ينبىء من التزام الضمان لانه لتمليك المباح بغير عوض اولا باحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ما ذو نفيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا

بجهة كالمصرف اليه فلكونها مستحقة الرد جعلها كالمردودة وقال المنحة مردودة *

قوله والعارية امانة ان هلكت من غير تعدل يضمن سواء هلكت من استعماله اولا من استعماله وهو قول عمرو وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لافي حال الانتفاع يضمن وهو قول ابن عباس وابي هريرة لقوله عليه السلام العارية مضمونة واستعار رسول الله عليه السلام دروعا من صفوان فقال لها غصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة فوداة وكتب في عهد بني تهمرة وما يعار الرسل فهلكت في ايديهم فزمانها علي رسله وقال عليه السلام على اليد ما اخذت حتي ترد والا خذ انما يطلق في موضع يا خذ المرء لمنفعة نفسه وذاك موجود في العارية لان المستعير يأخذ لينتفع به لا ليكون نائبا عن المعتبر فيه ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المخل ضمان نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه انه قبض العين للانتفاع بها لاذن صحيح فلا يكون مضمونة عليه كالمستأجر وتأثيره ان وجوب الضمان يكون للجبر ان وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شيء على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت الا ترى ان القبض في ذاته موجب للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض اولى اما الجواب عما تمسك به الخصم فقوله عليه السلام العارية مضمونة اي ضمان الرد بانه جعل الضمان صفة للعين على وجه الجبر وحقيقة ذلك في ضمان الرد وقوله مودة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه بعلم باللفظ الثاني ان المراد بالعلم الاول (علم)

وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا نقض القبض والمقبوض على سوم
الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه *

قال وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشئ
لا يتضمن ما هو فوقه ولا نالو صحته لا يصح الا لازما لانه خيفة يكون بتسليط من المعير وفي
وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انتضاء مدة الاجارة وبطلناه فان
آجره ضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناو اما العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه
قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر ان آجره ملك
نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على الواجر ان لم يعلم انه كان عارية في يده فنعاضرا الغرور

علم النكاح حديث صفوان فقد قيل ان اخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله اغصبا
يا محمد الا انه كان محتاجا الى السلاح فكان الاخذ له حلالا لكن بشرط الضمان كمن اصابته
مخضعة له ان يتناول مال الغير بشرط الضمان وقيل المراد به ضمان العين وقيل كان هذا من
رسول الله عليه السلام اشتراط الضمان على نفسه والمستعير وان كان لا يضمن بالشرط على ما ذكره
في المستقي ولكن صفوان يومئذ كان حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز
بين المسلمين وقوله عليه السلام وما يعار رسلي فهلكت على ايديهم اي استهلكوها لا نه يقال
هلك في يده اذا كان بغير صنعه وعلى يده اذا استهلكه وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت
حتى يرد يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام في ضمان القيمة بعد هلاك العين *

قوله وانما وجب الرد مؤنة جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان قبضه يوجب ضمان الرد
حال قيام العين لنقض القبض فيوجب ضمان القيمة حال هلاكه كالغصب فاجاب ان ضمان
الرد عليه انما كان لان منفعة القبض والنقل حصلت له كنفقة المستعار فانها على المستعير
لأن نقض القبض والضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض
بجهة الشراء ان القبض بحقيقته الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته **قوله** ولا نالو صحته (لا)

بخلاف ما اذا علم **قال** وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تملك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره **قال** رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع للمستعير فيدان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان يكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سواه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا اليه مثل ذلك او خير منه

يرجع الا لازما فان قيل كان ينبغي ان يملك المستعير الاجارة لانه مالك المنفعة ولا ينتفع حق المعير في الاسترداد بل يصير تمام حق المعير في الاسترداد هذا في نقض الاجارة قلنا لو ملك المستعير الاجارة كان من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك *

قوله بخلاف ما اذا علم يعني اذا علم بكونها عارية في يده لم يرجع عليه لانه لم يوجد الغرور **قوله** وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة **قوله** وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل هذا جواب لسؤال مقدر وهو ان يقال ان العارية لو كانت تملك المنفعة لما تفاوت الحكم في صحة اعارة المستعيرين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كمالك **قوله** دفعا لمزيد الضرر عن المعير يعني يحتمل ان يكون فعل الثاني اضر وهو لم يرض بذلك **قوله** وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة اي ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة عن الوقت والانتفاع وهو على اربعة وهذه القسمة على هذه الوجة الاربعة ضرورية لان الشئيين وهما الاطلاق والتقييد ارا في الشئيين وهما الوقت والانتفاع فكانت اربعة لاحالة لانه اما ان يكون (١)

(كتاب العارية)

والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون متباعدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعبر غيره المحمل لاني المحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الراكب * **قال** وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تملك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فتضمن تملك العين ضرورة وذلك بالهبة والقرض العارية مطلقة في الوقت والانتفاع او متباعدة فيهما بان قيدها بيوم ونص على نوع منفعة او مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع او على العكس *

قوله والحنطة مثل الحنطة اي في حق الحمل على الدابة بان استعار دابة ليحمل عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها حنطة غيره لا ضمان عليه لان حنطته وحنطة غيره في الضرر سواء والخلاف الى الخبير نحو ما اذا شرط حمل الحنطة فحمل عليه الشعير لان كيل الشعير اخف وزنا من كيل الحنطة لانها اصعب من الشعير **قوله** وله ان يركب ويركب غيره معناه ان شاء ركب بنفسه وان شاء اركب غيره لانه يجمع بينهما يدل عليه قوله بعده حتى لو ركب بنفسه لا يركب غيره **قوله** لانه لما اطلق يعني لما لم تعين المنتفع يكون تعين المنتفع مفوضا اليه فان شاء عين نفسه وان شاء عين غيره وايهما عينه يتعين كما اذا عينه المالك **قوله** حتى لو فعله ضمن لانه تعين الراكب وهذا اختيار فخر الاسلام رحمه الله واما على قول غيره فله ان يركبه بعد الراكب وذكر في الذخيرة في هذا الموضع ولكن انما يعبر لغيره اذا لم يركب بنفسه اولم يلبس بنفسه اما اذا ركب اولبس بنفسه فقد اختلف المشائخ فيه قال بعضهم ليس لادن يعبر ولو اعار يضمن وهذا اختيار الشيخ الامام فخر الاسلام علي البزدوي وقال بعضهم له ان يعبر واذا اعار لا يضمن وهو اختيار شمس الائمة وشيخ الاسلام رحمهما الله وكذلك في الابتداء لو اركب غيره او البس غيره ثم اراد ان يركب او يلبس بنفسه فقيه اختلاف المشائخ على نحو ما ذكرنا (و)

والقرض ادناهما فيثبت اولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعبر بها ميزانا او بزين بهاد كالتام يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها وسيفا محلى يتقلدها

قال واذا استعار ارضا ليني فيها وليغرس جاز وللمعبر ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعبر فيكلف تغريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد

والمستعير هل يملك الايداع قال بعض مشائخ العراق وهو اختيار الفقيه ابي الليث الامام ابي بكر محمد بن فضيل رحمهما اللذان يملك الايداع لانه يملك الاعارة والايداع بها وقال بعضهم لا يملك وهو الصحيح لان الاعارة تملك المنفعة والمنفعة مملوكة له فكانت الاعارة تصرفا في ملك نفسه قصد او انما يتحقق التصرف في ملك الغير وهو العين بالتسليم ضمنا وضرورة ليتمكن المستعير الثاني من استيفاء المنفعة المملوكة اما لايداع فتصرف في ملك الغير وهو العين قصد افلا يملكه كذا في الاوضح *

قوله والقرض ادناهما لكونه متيقنا به اولان القرض ادناهما ضررا لانه اقل ضررا على المعطي لانه يوجب رد المثل بخلاف الهبة وما هو اقل ضررا فهو الثابت بقينا **قوله** بان استعار دراهم ليعبر بها ميزانا الصواب ليعاثر قال في المغرب وقوله استعار دراهم ليعبر بها صحتها اي ليسوي ثم قال الصواب ليعاثر يقال ما يرت المكائيل والموازين اذا قايستها وذلك بان يكون الدراهم موزونة بصنجة عدل ولا يوجد تلك الصنجة فاستعار هذه الدراهم ليسوي الميزان بها **قوله** او بزين بهاد كالتام بان استعار دراهم كثيرة بوضع على الدكان حتى يظن الناس غناه فيعاملوا معه **قوله** ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لکن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت (ا)

و ضمن المعبر ما تنقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفع الضرر من نفسه كذا ذكره القدوري راجع في المختصر وذكر الحاكم الشهيد راجع انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه فالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل *

ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت اولم يوقت لان له نهاية معلومة

الاعارة له توقفتا فلما قد يمتلي لمدة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف واشجر قد يغرس ثم يقام بعد زمان لباع كما هو العادة وهذا عندنا وعند ابن ابي ليلى البناء للمعبر ويضمن قيمته لان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يدفع بهذا الثوب اذا يصبغ بصبغ غيره واراد صاحب الثوب ان يأخذه فانه يضمن المصباغ قيمة صبغه كذا هذا قلنا صاحب الارض ماضي بدفلا يجوز المصير اليه بدون الضرورة ولا ضرورة هنا لما كان تميز حق كل واحد منهما عن الآخر بخلاف الثوب فانه لا يمكن ومع هذا لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه وله ان يأتي التزام القيمة ايضا حتى يباع الثوب فكذا هذا لا يلزمه بدون رضاه *

قوله وضمن المعبر ما تنقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له يعني ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما تنقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا وانما قلع في الحال يكون قيمة النقص ديارين فيرجع بثمانية دنانير فان قيل الغرور بمباشرة عقد الضمان سبب للرجوع الا ترى انه لو استحق المودوب بعد هلاكه ضمن المودوب له ولا يرجع بما ضمن على الواهب لان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لافي غيره والمعبر لم يباشر عقد الضمان وان وقت قلنا كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيح العارية شرعا ثم لما وقت المعبر مع ذلك لا بد من ان يكون لذكر الوقت فائدة اخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه قبله فصارت قدر كلامه كانه قال ابن في هذه الارض (لنفسك)

وفي الترك مراعاة الحقيق بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك
قال اجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد
فيكون عليه واجرة رد العين المستأجرة على المواجه لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية
دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمواجه معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة
على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه
قال واذا استعار دابة فردها الى اصطلبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس
يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان
رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت ولوردها الى المالك فالمالك يردّها الى المربط
وان استعار عبدا فردّه الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولورده المغصوب
او الوديعه الى دار المالك ولم يسلم اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله
وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعه لا يرضى المالك بدها الى الدار ولا الى
يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها صرفا حتى
لو كانت العارية عند جوهر لم يردّها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه *

لنفسك على ان اتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم اتركها فانضام لك ما تنفق في بنائك
ويكون بناؤك لي فاذا ابدل في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كانه بنى له بامره *

قوله وفي الترك مراعاة الحقيق لانه انما يترك بالاجر هكذا قالوكيلا تغتو منفعة ارضه مجانا
ولا يغتو زراع الارض ليعتدل النظر من الجانبين كما في الاجارة والزرع لم يدرك بعد فان ثمة يترك
الارض باجر ومراعاة للجانبين كذا ههنا **قوله** لانه ليس له نهاية معلومة فيكون ضررا في الجانبين
فبرجح صاحب الاصل **قوله** لان منفعة قبضه سالمة للمواجه معنى فلا يكون عليه مؤنة رده لانه
يتوصل به الى ملك الاجرا اكثر ما فيه لان لكل واحد منهما فيد منفعة لكن منفعة الاجرا قوي لانه مالك
للعين وملك المستاجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين **قوله** ولوردها الى المالك فالمالك يردّها
الى المربط فيكون مسقطا مؤنة الرد عن المالك لا متعديا ولا يضمن المرء بالا حسان (قوله)

قال ومن استعار دابة فرد هامع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانته
اياه شاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة
لانه ليس في عياله وكذا اذا رد هامع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى
انه لورده اليه فهو يرده الى عبده وقبل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقبل فيه
وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما بدفع اليه احيانا وان رد هامع اجنبي ضمن
ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع تصدا كما قاله بعض المشائخ رح
وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة ولو اهدته المسئلة بانتها الاعارة لانقضاء المدة *

قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عنداني حنيفة رح وقال
يكتب انك اعبرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة
الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها مختص بالزراعة والاعارة تنظمها وغيرها
كالبناء ونحوه فكانت الكتابتها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم بالصواب *

قوله ودلت المسئلة الى آخره لانه لما وضعها في يد اجنبي للرد يكون وديعة فعلم انه
لا يملك الايداع اذ لو ملكه لما ضمن **قوله** ولو اهدته المسئلة بانتها الاعارة لانقضاء المدة
بغني ان المشائخ الذين قالوا بان المستعير يملك الايداع ولو اهدته المسئلة وهي قوله وان رد هامع
اجنبي ضمن المستعير وانما ضمن المستعير ههنا لانه لم يبق مستعير بسبب انقضاء مدة الاستعارة
حيث دفع الى آخر بعد فراغه من استعماله ونحن انما قلنا بجواز الايداع للمستعير اذا كان
قائما على كونه مستعيرا وههنا لم يبق مستعيرا وبقيت العارية في يده وديعة وليس للمودع
ان يودع غيره فاذا اودعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق والله اعلم * (كتاب)

كتاب الهبة

به عقد مشرور لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه له لثبوت الملك وقال مالك رح يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفى الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح

كتاب الهبة

هي التبرع لما ينفع الموهوب له لغة يقال وهب له ما لا وهبا وهبة وموهبة وقد يقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب وتهبه منه قبله متوهبه سألته وتمليك العين بلا عوض شريعة وأهلها اهل التبرع وهو المحرر المكلف وركبها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف ان لا يهب موهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير وشرطها ان يكون الموهوب مقسوما محوزا وحكمها ثبوت الملك وشرعيتها لقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها ورواها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بها السلام والاظهر هو الاول فان قوله اوردوها يتناول ردها بعينها وذا انما يتحقق في العطية فان رد عين الكلام لا يتصور وقوله عليه السلام تهادوا تحابوا واجماع الامة ولانها من الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان **قوله** لان الجواز بدونه ثابت اي بالاجماع **قوله** وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم لانه لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع (1)

بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضه الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يحز لان ياذن له الواهب في القبض والتياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رح لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه

التبرعات بخلاف المعاوضات ولا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد ان فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه ولا يقال ان الواهب فقد التزم التسليم فيلزم التسليم بالتزامه كما اذا شرع في النقل لانا نقول حق المالك في العين ملك مال وملك يد فان ملك اليد مقصود تضمن بالغصب كما يضمن الاصل الا ترى ان المدبر تضمن بالغصب وهذا زال بالغصب الايدة وكذلك يعتاض على ازالة اليد بعقد الكتابة وليس فيها الازالة اليد ولما كان كل واحد منهما مقصودا بنفسه لم يلزم من التزام احدهما التزام الآخر بخلاف الشروع في النقل فان المؤدى صار واجب الصيانة وذلك بالاتمام فوجب *

قوله بخلاف الوصية وجهه الايراد ان هذا عقد هبة فيوجب الملك قبل القبض قياسا على الهبة بعد الموت وهي الوصية بل اولى اذ الوصية هبة معلنة بالموت وهذه مرسله وهي اقوى والجواب عنه ان الوصية تميلك بعد الموت وقد زال عن ملكه بعد الموت فالزوال بهذه الوصية لا يلزم شيئا لم يتبرع به ولا ضمنا **قوله** وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها جواب سوال مقدر وهو ان يقال ان عدم اهلية اللزوم للموصي بالموت فوارثه يخلقه في ملكه فكان ينبغي ان يتوقف ملك الموصي له الى وقت تسليم الوارث الموصي به اليه لان الوصية عقد تبرع كالهبة وهناك يتوقف ملك الموهوب له الى وقت التسليم فكذلك في الوصية ينبغي ان يكون كذلك فاجاب بان الوارث اجنبي عما صح فيه الوصية فكيف يصح تسليم الاجنبي فلما لم يوجد تسليم من يصح تسايمة ثبت الملك للموصي له في الموصي به قبل القبض فلم يكن الزام التسليم عليه الزام على المتبرع (قوله)

ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطاً له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقاً له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا انهاء عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح *

قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله وهبك الله بمعنى وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك

قوله ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك اي مقصود الواهب من الايجاب اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطاً على القبض تحقيقاً لمقصوده فان قيل الايجاب لو كان تسليطاً على القبض جلس لما صح الاصر بالقبض بعده قلنا انما لا يصح القبول بعد المجلس لان ايجاب البائع شرط العقد وانه لا يتوقف على ما وراء المجلس فاما في الهبة فركنها الايجاب لانه تبرع وهو يتم بالم تبرع حتى يحث في يمينه لا يهب اما في حق الموهوب له لا يتم الا بالقبول فاذا وجد الايجاب والقبول جاز ان يتوقف على ما وراء المجلس لوجود شرطه وهو القبض **قوله** بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض

الاترى ان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحاً واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذناً للموهوب له بالقبض واقتضاء كما في البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذناً للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت بالقبض ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة يرتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحاً مع القبض في المجلس فلا يعتبر ثابتاً فيما وراءه بخلاف ما لو ثبت نصاً لانه ثابت من كل وجه فيبقى في المجلس وبعده وقوله قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل (هذا)

واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان
 الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه
 الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان
 حرف اللام للتدليك واما الثالث فليقل له عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له
 ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل
 هو الراكب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتدل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس
 ويراد به التملك فيحمل عليه عندئذ * ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه
 يراد به التملك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اني ملكه منه ويقال منحك
 هذه الجارية كانت عارية طار وينا من قبله قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية

هذا خاطب به النبي صلعم بشيرا ووالد النعمان وهو صبار وروى النعمان بن بشير رضي الله عنه
 قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امني الا ان يشهد على ذاك رسول الله
 عليه السلام فنحلتني ابي على عاتقه الى رسول الله عليه السلام فاخبره بذلك فقال لك
 ولد سواه فقال نعم فقال اكل اولادك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور *

قوله واعمرتك هذا الشيء اي جعلت لك هذا الشيء مدة عمرك فاذا امت انت فهو
 لي ينال اعمره الدار قال له هي لك عمرك ومنه امسكوا عليكم اموالكم لا يعمرها ومن اعمر
 شيئا فهو له ومنه العمرى **قوله** فهي للمعمر له ولورثته اي لورثة المعمر له من بعد المعمر له
 يعني يثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع **قوله** لان الحمل هو الراكب حقيقة
 فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقته الراكب وقد سبق في العارية ان قوله حملتك لتمليك
 العين لانا نقول حقيقته الراكب نظرا الى الوضع وهو تمليك العين في العرف والاستعمال ولكن
 الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك **قوله** طار وينا من قبل
 اراد به ما ذكر في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة **قوله** ولو قال داري لك هبة
 بنصب هبة وكذلك او سكنى هبة بنصبها *

(قوله)

لان العارية محكمة في تملك المنفعة والهبة يحتملها ويحتمل تملك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قل عمري سكني او نحلي سكني او سكني صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكني لانه تفسير له قل ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي ولا تجوز في الوجهين لانه عند تملك فيصح في المشاع وغيره

قوله لان العارية محكمة في تملك المنفعة والهبة يحتملها لانه يحتمل هبة المنفعة كان من حقه ان يقول لان السكني محكم في تملك المنفعة فلعله توهم ان المذكور قبله هبة عارية او عارية هبة فعلم بذلك اولاً ان قوله سكني عارية فذكر العارية في التعليل مكان السكني لدلالة السكني على العارية **قوله** لما قدمنا اشارة الى قوله لان العارية محكم في تملك المنفعة وذلك لان ذلك يحتمل تملك المنفعة فكان اول كلامه محتمل تملك السكني وقوله سكني محكم في تملك المنفعة لانه لا يحتمل تملك الرقبة واخرجه تفسير الاول الكلام في تغييره حكم اول الكلام فصار المحكم قاضياً على المحتمل فكانه قال لك سكني داري فيكون عارية **قوله** لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير لان قوله تسكنها فعل وان لا يصلح تفسير المذكور سابقاً ولكنه مشورة اشارة عليه في ملكه فان شاء قبل مشورته وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان لمقصوده انه ملكه الدار ليسكنها وهذا معلوم وان لم يذكر فلا يتغير به حكم التملك بمثله قوله هذا الطعام لك تأكله او هذا الثوب لك تلبسه **قوله** ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة يعني بالمحوز ان يكون مفراً عن املاك الواهب وحقوقه وقد احتراز به عما اذا وهب التمر على النخيل دون النخيل او وهب النزع في الارض دون الارض لان الموهوب ليس بمحوز اي ليس بمقبوض على الكمال لاتصاله بملك الواهب وقوله مقسومة احتراز عن المشاع فانه اذا جاز قبض التمر الموهوب على النخيل وكان الثمر مشتركاً بينهما وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة يعني به مالا يحتمل القسمة اي لا يبقى متبقاً (بعد)

كالبيع بأنواعه وهذا لان المشاع قابل للحكمه وهو الملك فيكون محلاله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجديده الزامه شيئا لم يلتزمه وهو التسمية

بعد التسمية اصله بعد واحد وادب واحد او لا يمتنع منقسم بعد التسمية من جنس الانتفاع الذي كان قبل التسمية كالبيت الصغير الحمام الصغير والثوب الصغير ويعني بما يقسم ان ياتي منتعنا في الحالين قبل التسمية وبعد ها في الذخيرة وذكر الامام الزاهد حدث الطواريسي رح اذا وهب الرجل نصف درهم صحيح من الدراهم العداية يجوز وهو الصحيح وجعل هذا بدمه هبة مشاع لا يحتمل التسمية وذكر اصل قتال كل شيء يضره التبعض فيوجب نقضا في ما يئته فانه لا يحتمل التسمية وان لم يوجب التبعض نقضا في ما يئته فهو مما يحتمل التسمية خرج على هذا هبة بعض العدلين ان التبعض يضره وكذلك الدينار الصحيح اذا كان يضره التبعض يجوز هبة بعضه *

قوله كالبيع بأنواعه اراد بأنواع البيع الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان المشاع لا يمنع تمام القبض في هذه العتود بالاجماع **قوله** كالقرض والوصية فصوره قرض المشاع انه لو دفع الف درهم مثلا الى آخره على ان يكون نصفه قرصا عليه ونصفه بضاعة او يعمل في النصف الآخر بشركته فانه يجوز مع ان القبض شرط لوفوع الملك في القرض ولا يشترط التسمية فيه **قوله** ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة وهو قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة فيشترط كماله كما يستتبع القبل في الصلوة لما كان منصوبا عليه يشترط كماله حتى لو استقبل الحطيم لم يجز لانه يمت من وجه دون وجه والمشاع لا يقبل القبض الا بضم غيره الموهوب اليه والحاصل تبع الغرض يكون انقص من الحاصل مقصودا بنفسه وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا بدون الاطلاق لا يثبت الكمال ثم القبض من الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجه دون وجه لانه في يده من وجه وفي يد شريكه من وجه فتسام الحيازة بالتسمية لان (القسمه)

ولهذا امتنع جواز قبض القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عمدا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز

القسمة بجميع الاجزاء المتفرقة ومالم يجتمع لا يصير محوزة على الحقيقة في يده الا بغیره وذلك غير موهوب فيه متنع تمام الحيازة لماهولة لان ما لا يغير غير محوز له من طريق الحكم فاذا لم يتحقق الحيازة في حق ملك الغير وحقه لا يصير محوزا لا بغیره بصارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لافادة الملك * **قوله** ولهذا امتنع جواز قبض القبض اي امتنع ثبوت حكمه وهو الملك **قوله** والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة هذا جواب شبهة ترد على قوله ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة وهي انه يستوجب به المهاياة وان لم يلزمه مؤنة قسمة العين فيما لا يقسم فاجاب بان المهاياة قسمة المنفعة وعقد التبرع لا في العين فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما يتبرع به ولا يرد على هذا ما لو اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم يضمن قيمته للموهوب لدان ذلك الضمان يلزمه بالتلاف لا بعقد التبرع وضمنان المقاسمة ههنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة ولا يمنع اضافة الضمان الى الهبة الا يرى ان شري القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك لان ذلك الملك حكم الشري وبه فارق البيع فانه عقد الضمان فيجوز ان يتعلق به ضمان المقاسمة **قوله** فالقبض فيها غير منصوص عليه اي في هذه البيوع حتى يراعي وجوده على اكمل الجهات وقوله عليه السلام يدا بيد بيان التعين الا ان التعين في الثمن يكون بالقبض ولان القبض شرط بقاء الصرف والسلم على الصنحة لا شرط الابتداء والبقاء اسهل من الابتداء ولا كذلك في الهبة فان التنصيص على القبض فيها يقع صحيحا فانفرد **قوله** والقرض تبرع (من)

لان الحكم يدار على نفس الشيوع **قال** ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا
 فان قسمه وسلمه جائز لان تمامه بالقبض وعندة الاشيع **قال** ولو وهب دنية في حنطة
 او دنها في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلمه لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب
 معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للمساك فوقع العقد باطلا
 فلا ينعقد الا بالتجدد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتسليم وهبة اللبن في الضرع
 والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع

من وجه عقد ضمان من وجه حتى كان المستقرض مضموما بالمثل فلا يتعداه ضمان المقاسمة
 وشروط القبض هناك ليس بمنصوص ليوافق وجوده على اكمل الجهات ثم يشهد بالتبرع شرطا
 فيه القبض ويشهد بعقد الضمان لم يشترط فيه التسمية وذلك اعتبار صحيح فيما له شبهان *

قوله لان الحكم يدار على نفس الشيوع وهذا لان القبض في الهبة لا يتم في الجزء الشائع
 قبض الشريك لا يتم باعتبار ما لا تارة الهبة وانما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكا له وما يشترط
 لاتمام العقد فانما يعتبر بانما فيه ايتنا وله العقد دون غيره ولا يلزم الاجارة فانه يجوز مع الشريك
 في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشيوع انما يمنع صحة الاجارة لعدم القدرة
 على تسليم ما آجر به ولا شيوع مع الشريك لان الكل يحدث على ملكه فاما الشيوع فيمنع
 صحة الهبة لمعنيين ايجاب ضمان التسمية على المتبرع وكون القبض ناقصا بسبب الشيوع
 والكمال شرط في قبضه لانه منصوص عليه فهنا ان لم يوجد احد المعنيين فقد وجد المعنى الآخر
قوله ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة اي لا يثبت حكما وهو الملك وان اتصل به القبض
 مشاعا ويكون مضموما على الموهوب له اذا قبض وذكر عصام انها يفيد الملك وبه اخذ بعض
 المشائخ **قوله** لان الموهوب معدوم لان الدقيق حادث بالطحن والدهن بالعصر ولهذا لو فعله
 الغاصب كان مملوكا له وهذا لان قبل الطحن هو حنطة والدقيق غير الحنطة وكون الشيء
 الواحد شيئين في وقت واحد مستحيل فعرفنا انه اضاف العقد الى المعدوم فكان انواعا ية (ما)

لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع **قال** واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد دعيه قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه

غايته ما في الباب ان الدهن يحصل بالسسم والعصر الا ان العصر آخرهما وجودا فيضاف الوجود اليه كزراعة الحنطة يضاف اليها الزرع وان لم يكن بد من الحنطة والارض فان قيل الدهن لما لم يكن موجودا في السسم قبل العصر وجب ان يجوز بيع الدهن بالسسم مطلنا ولا يشترط ان يكون الدهن الصافي اكثر مما في السسم قلنا حدوث الدهن يضاف الى العصر لانه آخر المذكورين الا انه لا بد لوجود الدهن من وجود السسم لاصحالة تثبت شبهة فيامه بالسسم قبل العصر والشبهة بالحقيقة في باب الربوا ولكن لا يكفي لصحة الهبة *

قوله لان امتناع الجواز للاتصال اي لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب من ملك الموهب مع امكان الفصل وذلك يمنع القبض كالشائع **قوله** واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد فيها قبضا والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الآخر واذا تعابر اناب الاعلى عن الادنى ولا ينوب الادنى عن الاعلى بيانه هو ان الشي اذا كان مغصوبا في يده او مقبوضا بالعقد الفاسد فباعه منه بيعا صحيحا جاز الا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبض اذ كل واحد منهما مضمون وكذلك اذا وهبه له ايضا لا يحتاج الى قبض آخر لكون ذلك القبض اعلى وهو كونه مضمونا وكذلك اذا كان الشي ودیعة في يده او عارية فوهبه مالكه من صاحب اليد فانه لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبضين لان كلا القبضين امانة ولو كانت ودیعة عنده او عارية فباعه منه فانه يحتاج الى قبض جديد لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان وذكر ابو نصر في شرحه انه اذا كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن القبض الواجب بالهبة ولا بد من قبض جديد وهو ان يرجع الى الموضوع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها لان العين وان كانت في يده لكنها مضمونه بغيرها الا ان هذا الضمان لا يصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم (يكن)

واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب من قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيد مودعه بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عياله والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائرين النافع والضار فالى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصى الاب او جد اليتيم او وصيه جاز بكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن له بد من تجديد القبض بخلاف المضمون بقبضتها او مثله احيث تصح البراءة عند الايرى انه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز فزارت الهبة براءة من الضمان فيبقي قبض من غير ضمان فتصح الهبة به *

قوله واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد ولا فرق بينهما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يد المودع يد المودع حكما فيمكن ان يجعل قابضا لو اوده باليد التي هي قائمة مقام يده فان قبل قد قلتم اذا وهب المودع من المودع جاز ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا اليد للمودع في الحقيقة فبا اعتبار هذه الحقيقة يجعل قابضا لنفسه ويده قامت مقام يد المودع مادام هو في الحفظ عاملا للمودع وذا قبل التملك بالهبة فاما بعد ذلك فهو عامل لنفسه

قوله بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا الى آخره يعني اذا كان مال الاب مغصوبا او كذا وكذا لم يتم الهبة بالعقد لانه في يد غيره في الرهن والغصب اذ في ملك غيره في البيع الفاسد فان قبل ينبغي ان لا يتم الهبة اذا كان في يد مودعه لاشترط الكمال في القبض وكون هذا القبض حكما وهو انقص من القبض حقيقة قلنا القبض حكما كاف لاتمام الهبة ولهذا يجوز بالتخلية بخلاف الشائع فان قبضه في ضمن الكل والضمني كان لم يكن **قوله** والصدقة في هذا مثل الهبة اي في حكم نيابة القبض عن قبض الصدقة كما اذا تصدق على فقير بشيء في يده او على ابنه الصغير **قوله** وكذلك كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي اي اذا وهب الصغير من يعوله شيئا فهو كما اذا وهب الاب لابنه الصغير في حكم القبض (قوله)

لان لهؤلاء ولاية عليه لقيا مهم مقام الاب وان كان في حرامه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع اليه حفظه وحفظ ماله وهذا من باب ما لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حرام اجنبي يريه لان له عليه يد معتبرة لا ترى انه لا يتم كمن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما ذهب للصغيرة

قوله لان لهؤلاء ولاية عليه وفي الايضاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعه اذ تلك الاربعة الاب ووصيه والجد اب الاب بعد الاب ووصيه مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذارحم محرم منه واجنبيا لانه يست لهؤلاء ولاية التصرف في المال فقيام الولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ثم قال وان لم يكن احد من هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله ولم يجز قبض من لم يكن في عياله لانه اذا كان في عياله فله عليه ضرب ولاية الا ترى انه يورثه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لانه من باب المنفعة **قوله** وكذا اذا كان في حرام اجنبي يريه اي يجوز للاجنبي الذي يريه قبض الهبة له عند عدم هؤلاء الاربعه وفي المبسوط واذا ثبت ان للاجنبي الذي يعوله ان يقبض هبة الغير له فكذلك اذا كان هو الواهب فاعلمها وابانها فهو جائز وقبضه له قبض ويستوي ان كان الصبي يعقل او لا يعقل ثم قال وفيه نوع اشكال لانه انه اذا كان يعقل فهو من اهل القبض بنفسه فلا حاجة الى اعتبار الخلف هنا والجواب انه يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه والصغير ينفي ولايته عن نفسه ولكن لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنى توفير المنفعة اظهر لانه يتقنم عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير لانه يقبض هناك بولايته على نفسه وولاية الغير خلف ولا يظهر عند ظهور الاصل **قوله** وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله اي من اهل مباشرة ما يتمحض نفعا له وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وهو قولنا (و)

يجوز قبض زوجها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل
 الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام و كل من يعولها غيرها حيث
 لا يملكونها الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة
 لا بتفويض الاب ومع حضرة لا ضرورة **قال** واذا ذهب اثنان من واحد ارجاز لانهما سلماها جملة

واما جواب القياس وهو قول الشافعي رحمه الله لا يجوز قبض الصغير بنفسه لانه لا معتبر
 بفعله قبل البلوغ خصوصا فيما يمكن تحصيله له بغيره فان اعتبار عقله للضرورة وذلك
 فيه لا يمكن تحصيله له بغيره ولهذا لم يعتبر الشافعي عقله في صحته اسلامه واعتبره في وصيته واختباره
 احد الابوين لان ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره *

قوله يجوز قبض زوجها بعد الزفاف الى آخره جواب عن ان يقال الولاية للاب
 عليها فلا يجوز قبض الزوج فاجاب بان الاب اقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها
 اذ ازفت الى بينه وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولوقبض
 الاب ايضا صح لبقاء ولايته وان قبضت بنفسها جاز ولا يكون الزوج في هذا بمنزلة ما لو سلم
 الاب ولده الصغير الى من يعوله لان من ذلك لا يثبت به الاستحقاق والزواج بحكم الكاح
 يثبت له عليها استحقاق اليد حتى صار اولى لها من ابيها **قوله** بخلاف ما قبل الزفاف
 لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها وان له عليها ايداء مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف
قوله في الصحيح يتعلق بقوله حيث لا يملكونه وفي النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله
 ويملكه مع حضرة الاب اي يملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة
 ابيها في الصحيح وانه بعيد وانما قال في الصحيح لان فيه خلافا في الخلاصة وذكر الصدر
 الشهيد رحمه الله ان قوله في الكتاب الام انما تملك قبض الهبة للصغير اذا لم يكن للصغير
 اب هذا ليس بامر لازم فانه ذكر في الاصل الاب اذا زوج ابنته الصغيرة من رجل
 فزوجها يملك قبض الهبة للصغيرة ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ وذكر (في)

وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة ر ح
وقالا يصح لان هذه هبة الجملته منهما اذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن
من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل
احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه
في تناوب قاضي خان ولو كان الصغير في عيال الجدا والاخ والعم والام فهو له هبة
فقبض الهبة من كان الصغير في عياله والاب حاضر اختلف المشائخ فيه قال بعضهم لا يجوز
والصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج واب الصغير حاضر *

قوله وقد قبضه جملة فلا شيوع والمؤثر الشيوع عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب المال ثم
سلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل جاز والفائدة ان الشائع محل حكم
الهبة وهو الملك الشائع يقبل الملك لكن الملك موقوف على القبض الكامل وذاك لا يتحقق
ائع فظهر اثر الشيوع في حق القبض دون العقد فصح العقد فاذا زال الشيوع وورد
القبض على غير الشيوع بقي على الصحة **قوله** كما اذا رهن من رجلين بان اولى لان
تأثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة
بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى ولان الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين
جميعا فاما اذا حصل في احد الطرفين فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمانا و ابو حنيفة ر ح
يقول قبض كل واحد منهما الاثني جزء شائع وذلك غير موجب للمالك فيما يحتمل القسمة
بحكم الهبة كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان تأثير الشيوع باعتبار
ان القبض لا يتم معه وذلك موجود ههنا فكل واحد منهما لا يقبض الا نصيبه ولا يتم قبضه
مع الشيوع لان القبض في المشاع لا يتحقق على سبيل الكمال فان قيل هلا علقتم الملك بالتسليم
ولا شيوع فيه دون القبض فان الملك انما تعلق بالقبض لنفي الضمان عن المتبرع فوجب ان يعتبر
جانبه وهو التسليم لا جانب القابض قلنا التسليم انما يعتبر اذا حصل به التمكن من القبض على
سبيل الكمال لانه طريق للقبض فاذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم * (قوله)

(كتاب الهبة)

وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه احبس ويثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع ولهذا الوضعي دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين عشرة دراهم او وهبها اليهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها اليهما لم يجوز وقال يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر بالصلابة ثابتة لان كل واحد تملك بغير بدل وقرق بين الصدقة والهبة في الجامع وفي الاصل سوي قتال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمدكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها والآخر ثلثها لم يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز واو قال لاحدهما نصفها والآخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان فابو حنيفة رح مروي اصله كذا محمد رح والفرق لابي يوسف رح ان بالتنصيص على الاعراض بظهران قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الاعراض *

قوله وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع اي على اعتبار ان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف **قوله** وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم يعني لم يجوز الهبة من اثنين وجوز الصدقة منهما **قوله** وفي الاصل سوي ذكر في الاصل عتبت مسألة الهبة وكذلك الصدقة وهذا يدل على ان النصدق على اثنين في ما يحتمل القسمة باطل عندا ببحنيفة رح كالهبة لتوقفهما على القبض فوجب ان يستويا في هذا ايضا اذا لمفسد واحد وهو الشيوع وفرق بينهما في الجامع الصغير ووجه الفرق المذكور في المتن وفيه وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمدكور في الاصل الصدقة على غنيين **قوله** ولو قال لاحدهما نصفه والآخر نصفه في الايضاح روي من ابي يوسف رح اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها وللآخر نصفها فهو جائز لان هذا يصلح ان يكون تفسير الحكم الواقع بالهبة فجعل مجازا عنه (فلم)

باب الرجوع في الهبة

قال واذا هب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رج لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده علي اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له فلم يعتبر ذلك شيوعا في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا انصفها لم يجز لانه يظهر الشيوع هنا في نفس العقد وثمة في حكم العقد ثم فرق ابو يوسف رحمه الله في احد الروايتين بينهما اذا نص على الابغاض متساويا ومتفاضلا والفرق ان حالة التفصيل متى كانت لا يخالف حالة الاجمال فالتفصيل لغو ومتى كانت يخالف حالة الاجمال فلا بد من اعتبار التفصيل (لان كلام العاقل لعائد تد لا لعبد) فاذا لم يكن مفيدا لا يعتبر فاذا انصف بينهما فالتفصيل لغو الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال هو التصنيف فلا يعتبر تفصيلا واذا تفاوتت بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فلا بد من اعتباره واذا اعتبر يترق العقد ويظهر الشيوع في كلا العقدين وهذا بخلاف الرهن لان حالة التفصيل ثمة يخالف حالة الاجمال في الوجهين لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت سواء كان التفصيل متساويا ومتفاضلا *

باب الرجوع في الهبة

قوله قال واذا هب هبة لاجنبي احترز بالاجنبي عن القريب المحرم وجعل القريب غير المحرم في حكم الاجنبي فله الرجوع فيها اي بالتراضي او بقضاء القاضي اذا لم يقترب بها ما يمنع الرجوع وذكر الاحكام بعده اغنى عن ذكر القيود *

قوله بخلاف هبة الوالد لولده علي اصله فان من اصل الشافعي ان للاب في مال الابن حق الملك وعن هذا لم يجوز للاب ان يتزوج امة ابنه لان له فيها حق الملك لقوله عليه السلام ان اطيب ما يا كل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه وقوله عليه السلام انت وما لك (لا)

(كتاب الهبة باب الرجوع في الهبة)

ولنا قوله عليه السلام الواهب الحق بهبته مالم يشب منها أي مالم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذا العقد يتقبل والمراد بما روي نفي استبعاد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه الحاجة وذلك يسمى رجوعاً وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكرامة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستباحة لا ييك وهذا بظاهرة يوجب حقيقة الملك في مال ابنه ثم هو وان لم يثبت الحقيقة فلا قل من ان يثبت الحق فلا يجوز له ان يتزوج امته لذلك كما لا يجوز للمولى ان يتزوج امته مكاتبه *
قوله ولنا قوله عليه السلام الواهب الحق بهبته مالم يشب منها ولا يقال ان المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على الكمال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه السلام جعله احق لها وهذا يقتضي ان يكون غيره فيه حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لخلأ قوله مالم يشب منها عن الفائدة اذ هو احق وان شرط العوض قبله **قوله** والمراد بما روي نفي استبعاد الرجوع يعنى الواهب لا يستبعد بالرجوع في هبته بل لا بد من القضاء او الرضاء الا الوالد فانه يستبعد بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للاتفاق على نفسه وذلك قد يسمى رجوعاً في الهبة مجازاً كما روي ان عمر رضي الله عنه حمل واحداً على فرس في سبيل الله ثم رأى ذلك العرس يباع فاراد ان يشتريه فنهاه رسول الله عليه السلام عن ذلك وقال لانعد في هبتك مع ان الشراء لا يكون رجوعاً حقيقة والمراد لا يحل الرجوع ديانته ومروءة لقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شعبان وجارة الى جنبه طار اي لا يلبق ذلك في الديانة والمروءة وان كان جائزاً في الحكم اذ لم يكن عليه حق واجب وهكذا تقول لا يلبق بالمروءة الرجوع ويكره الا ترى الى قوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا التشبيه في معنى الاستباح والاستنقاذ لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي الا ترى انه قال في رواية كالكلب يقى ثم يعود في قبته وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه تقول انه مستقيم *

(قوله)

ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان بعوضه عنها الحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد * **قال** او بموت اجد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حيوته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي من العقد اذ هو ما اوجه **قال** وتخرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولا ينفذ بالملك بنجد سببه * **قال** فان وهب لآخر ارضاً بيضاء فانت في ناحية منها تخلا او بنى بيتاً او كانا آوايا وكان ذلك زيادة فيها

قوله ثم للرجوع موانع هي سبعة احدها قبض العوض وتانيها الزيادة المتصلته كالغرس والبناء والسمن ولو كانت الزيادة منفصلته بان كانت الهبة امة فولدت عند الموهوب له من زوج او فجور فللواهب ان يرجع فيها دون الولد لان الرجوع في الاصل دون الزيادة ممكن وان كانت الزيادة من سعره ان يرجع لان زيادة السعر ليست بزيادة في عين الموهوب وتاني زيادة رغبة الناس فيه والعين بحالها كما كانت فلا يمنع الرجوع وتالثها موت احد المتعاقدين ورابعها خروج الهبة عن ملك الموهوب له وخامسها المحرمية بالرحم وسادسها الزوجية وقت الهبة حتى لو وهب لامرأة ثم نكحها له ان يرجع فيها ولو وهب لامرأة هبة ثم ابانها فليس له ان يرجع فيها وسابعها هلاك الموهوب له ويجمع الكل مع خرقه فالدال الزيادة وتليهم موت احدهما والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاء الزوجية والثاف القرابة والهاء هلاك الموهوب **قوله** فان وهب لآخر ارضاً بيضاء الزيادة في الارض قد لا تعد زيادة وقد تكون زيادة في الكل بان ازدادت بها قيمة الكل وقد تعد زيادة في قطعة منها اما اذا بنى دكاناً بعد ذلك زيادة في الدار لان الزيادة في جانب الدار بوجوب زيادة في كل الدار فانه يزداد بها قيمة كل الدار كما اذا كان في احدى عيني التجارية بياض فزال البياض فالزيادة في عينها يكون زيادة في كل التجارية وان كانت في موضع خاص كذا هذا الآري المعلق عند العامة وهو مراد الفقهاء وعند العرب الآري الاخية وهي عروة حبل يشد فيها الدابة في مجلسها فاعول من تارى بالمكان اذا قام فيه كذا في المغرب (قوله)

(كتاب الهبة باب الرجوع في الهبة)

فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقير الا بعد زيادة اصلاوة تكون الارض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعته منها فلا يمنع الرجوع في غيرها **قال** فان باع نصفها غير مقسوم يرجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الاولى وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه الصلوة والسلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المتصور صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو اباها بعد ما وهب فلا رجوع **قال** واذا قال الموهوب له للمواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فتبضد الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تودي معنى واحدا **قوله** فليس له ان يرجع في شيء منها فان ترفع الامر الى القاضي لم يقض لما كان الزيادة ثم ان الموهوب له هدم الزيادة وقلع الشجر ومادت كما كان للمواهب ان يرجع لزوال المانع بخلاف ما لو اشترى عبد اعلى انه بالخيار ثلثة ايام فحتم العبد في الايام الثلثة فخاصمه في الرد وبطل القاضي حق المشتري لمكان الحمى ثم زال الحمى قبل مضي ثلثة ايام ليس له ان يرد والفرق ان حق الواهب في الرجوع لا يحتمل السقوط حتى لو قال اسقطت او ابطلت لا يسقط فلا يسقط بسبب الزيادة الا انه امتنع لما منع فاذا زال فله الرجوع فاما حق المشتري فيحتمل السقوط بقوله اسقطت فكذا باسقاط القاضي كذا ذكره الخبازي رح وذكر صاحب النهاية فيه رجل وهب لرجل وصيغا فتبعت عند الموهوب له وكبر وطال ثم صار شيخا فاراد الواهب ان يرجع فيه وثيمة الساعة اقل من قيمته حين وهبه فليس له ان يرجع فيه لانه زاد من وجهه وانتقض من وجهه وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك **قوله** واذا قال الموهوب له للمواهب خذ هذا عوضا عن هبتك وصورة التعريض ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه عوض هبته بان يقول الموهوب له هذا عوض هبتك او جزء هبتك او ثواب هبتك او بدل هبتك اما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته كان لكل واحد منهما ان يرجع في هبته وفي المبسوط وسواء (كان)

وان عوضه اجنبي من الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض
 لا سقاط الحق فيصح من الاجنبي كبذل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض
 لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يجمع
 كان العوض شيئا قليلا او كثيرا من جنس الهبة او من غير جنسها لان هذه ليست بمعاوضة محضة
 فلا يتحقق فيها الربوا وانما تأثير العوض في قطع الحق في الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق
 في ذلك بين القليل والكثير اذ اينه للواهب ورضي به الواهب ويشترط شرائط الهبة
 في العوض من القبض والاقرار لانه تبرع وينبغي ان يكون من غير الموهوب اما اذا عوض
 شيئا من الموهوب عوض الموهوب لا يجوز وفي المبسوط وان كانت الهبة الف درهم والعوض
 درهم واحد من تلك الدارهم لم يكن عوضا وكان للواهب ان يرجع في الهبة وكذلك
 ان كانت الهبة دارا والعوض بيت منها وعن زفران هذا يكون عوضا لان ملك الموهوب له
 ان يهبه بالقبض فالتحق المتبوع بسائر امواله وكما يصلح سائر امواله عوضا عن الهبة
 قل ذلك او كثر فذلك هذا وجه قولنا ان مقصود الواهب بهذا لا يحصل لانا تعلم يقينا
 انه بهبته الف درهم له ما قصد تحصيل درهم من تلك الدارهم لنفسه لان ذلك كان سالما له *
قوله وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض بين الحكم في التبرع ليثبت الحكم
 فيما اذا عوضه بامر الموهوب له بالطريق الاولى لان ذلك بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه
قوله كبذل الخلع وببانه ان التعويض في الهبة يفيد الموهوب له بسقوط حق الرجوع وهذا
 السقوط ليس بشيء فيصح العوض عن الاجنبي كالخلع فان المرأة يستفيد بدل الخلع سقوط
 ملك الزوج عنها وقد جاز البذل على الاجنبي بخلاف الثمن في باب البيع لان المشتري
 يسلم له المبيع فلا يجوز وجوب الثمن على الاجنبي ابتداء بمقابلة سلامة المبيع له وكذلك الصلح
 عن انكار ما لم يسلم للمصالح الا سقوط حق الخصومة يجوز ان يجب بدل الصلح على الاجنبي
 ابتداء بدون ان يجب عليه وكذلك الصلح عن دم العمد لانه اسقاط وكذلك الصلح عن
 دين سواء كان باقرار او بانكار وفي المبسوط قال كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من (دينه)

(كتاب الهبة باب الرجوع في الهبة)

وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل في الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه ينتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد **قال** وان وهب دارا فعوضه عن نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف **قال** ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منع فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في بده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون

دينه على مال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون فهذا مثله *

قوله وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اي بنصف الموهوب اعتبارا بالعوض الآخر وهو الموهوب فانه لو استحق نصفه برجع بنصف العوض لان كل واحد منهما يصير متقابلا بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق عايه ان يرجع على صاحبه بنصف ما يقابل له ولنا ان الباقي يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو فان قبل في الابتداء يجعل تسليم النصف عوضا له عن جميع الهبة واما في الاستحقاق فهو قد جعل تسليم الكل عوضا من جميع الهبة فيكون ذلك تنصيصا منه على ان النصف عوض عن نصف الهبة فلا يجوز ان يجعل بالاستحقاق النصف عوضا من الجميع فلنا هذا التقسيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض فيتحقق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من اجزاء العوض يكون عوضا من جميع الهبة فلا يكون له ان يرجع في شيء من الهبة مع سلامه جزء من العوض وذكر في الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض شرا لانها يتم تبعا ومبادلة فيوزع البديل على المبدل فاما في مسئلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلة وان كثرت فلا يبطل شيء من الحكم بذهاب بعض ما يصلح علة اذا بقي ما يصلح علة **قوله** لانه اي لان الرجوع (مختلف)

وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدوا اذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا لحق الفسخ من الاصل فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا **قال** واذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع

مختلف بين العلماء فمنهم من رأى ومنهم من ابنى وفي اصله اي اصل الرجوع وها هي ضعف وفي المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وها اذا ضعف وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فمن الجائز ان يكون مرادة الثواب والتحية على هذا لا يرجع لحصول مقصود ومن الجائز ان يكون مرادة العوض وعلى هذا يرجع الفصل بالرضا او بالقضولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا من له ولاية عامة وهو القاضي او منهما الولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض *

قوله وهذا دوام عليه اي القبض المحقق دوام ذلك القبض الذي لم ينعقد سببا للضمان **قوله** حتى لا يشترط قبض الواهب يعني لو كان كالهبة ابتداء لكان القبض شرطا كما في الهبة المبند أو لما صح الرجوع في النصف للشبوع **قوله** فيظهر على الاطلاق اي الفسخ يظهر على الاطلاق حالتي القضاء والرضاء لان استيفاء الحق لا يتوقف على القضاء وهذا لان حق الواهب في الرجوع مقصود على العين وفي مثله القضاء وغبرة سواء كالاخذ بالشفعة بخلاف الرد بالعيب بعد القبض اذا كان بغير قضاء فانه يعتبر عقدا جديدا في حق الثالث لان المشتري لاحق له في الفسخ وانما حقه في صفة السلامة فاذا لم يكن سليما وفات المشروط كان له ان لا يرضى فيثبت حق الفسخ ضرورة فيتوقف لزوم موجب الفسخ في حق الثالث على القضاء **قوله** بخلاف الرد بالعيب بعد القبض اي بعد قبض المشتري اما قبل القبض ففسخ من الاصل **قوله** لان الحق هناك في وصف السلامة يعني ان في فصل الرجوع (في)

فلا تستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لافي غيره
قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشروع لانه هبة ابتداء
 فان تقابض صاحبه العتد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه يبيع
 انتهاء وقال زفر والشافعي رح هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض

في الهبة عما يفعلان عين ما يفعله الناضي فيكون فسحا وفي الرد بالعيب الناضي يلزم
 على الخصم اولا تسليم وصف السلامة فاذا اعجز البائع عن ذلك ينسخ البيع فهما لم يفعلا
 مثل فعل الناضي فلهذا لم يصرف فسحا بل يكون بمنزلة البيع ابتداء *

قوله فلا يستحق فيه السلامة لانه لم يلزم السلامة لا صريحا ولا دلالة اما صريحا فظاهرا واما
 دلالة فلان دلالة الالتزام في المعاوضة سلامة البدل له وهذا المعنى معدوم هنا **قوله** وهو غير
 عامل له احتراز عن المودع اذا اهلك التوديعة في يده واستحقها مستحق وضمنه فانه يرجع على
 المودع لان المودع عامل للمودع في الحفظ وعن المضارب اذا اشترى شيئا بمال المضاربة
 ثم استحق رأس المال وضمنه المستحق فان المضارب يرجع بالثمن على رب المال لانه
 عامل له اما الموهوب له فغير عامل للمواهب فلا يرجع عليه **قوله** والغرور في ضمن عقد
 المعاوضة سبب الرجوع كما في ولد المغرور فانه يرجع بقيمة الولد على البائع وان لم يوجد
 المعاوضة في الولد ولم يعمل البائع ولكنه مغرور في ضمن المعاوضة فيصلح سببا للضمان لان
 المعاوضة عقد ضمان فما كان في ضمنه جازا ان يكون سببا للضمان لان المتضمن له حكم
 المتضمن ولا كذلك هنا فان الغرور ليس في ضمن عقد المعاوضة **قوله** واذا وهب بشرط العوض
 اعتبر التقابض في العوضين الى آخره ذكر الامام المحبوبي في الجامع الصغير هذا الذي
 ذكره فيما اذا ذكره بكلمة على واسالو ذكره بحرف الباء بان قال وهبت منك هذا العبد بثوبك
 هذا او بالف درهم وقبله الاخر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع **قوله** لانه هبة ابتداء فان قيل
 لم لم يعكس الامر قلنا لان الهبة انعقاد العتد باللفظ والمقصود هو الحكم وانه بعد تمام العتد (فعتد)

والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يترأخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه *

فبعد الاعتقاد اعتبرنا اللفظ لأن العقد به يعتد وعند التمام اعتبرنا المقصود كذا في المبسوط * **قوله** والعبرة في العقود للمعاني الأثرى أن الكفالة بشرط براءة الأصل حوالته والحوالة بشرط مطابقة الأصل كفالته وأنه لو وهب بنته لرجل يكون نكاحا ولو وهب امرأته لنفسها يكون ملاقا ولو وهب عبده لنفسه كان اعتاقا ولو وهب الدين لمن عليه كان ابراء فاللفظ واحد وإن اختلفت العقود لاختلاف المعنى والمقصود **قوله** وقد أمكن جواب لأن يقال لا يمكن الجمع هنا لتحقيق المناقاة بين العقدین فان قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه وتنافي اللزوم مستلزم لتنافي الملزومين فتتحقق المناقاة بين البيع والهبة ضرورة قلنا البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب عليه الملك كما في البيع الفاسد لتوقفه على وجود القبض فلم يكن اللزوم والترتب من لوازمه ضرورة والهبة قد يقع لازمة كهبة القريب وغيره وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب من لوازمها ضرورة على أن المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فاما إذا جعلناها هبة ابتداء وبيعا انتفاء فلم لا يجوز وهذا بخلاف بيع العبد من نفسه لأنه لا يمكن فيه تحقق البيع والاعتاق لأنه لا يحتمل معنى البيع بوجه ما إذا العبد لا يصلح مالكا لنفسه لأنه لا يملك غيره مالا فكيف يملك لنفسه والله أعلم بالضواب * (فصل)

فصل

قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرط فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح من دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لانه الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لكان التدبير بقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك

فصل

قوله ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد الاصل ان ما لا يصح افرازة بالعقد لا يصح استثناء من العقد والهبة لا يعمل في الحمل لكونه جزء منها حقيقة وحكما ولهذا ينحرک بتحركاتها ويسكن بسكونها وهو متصل بها اتصال خلقه ويدخل في بيعها واعناقها وصيتها بدون الذكر فلا يجوز الاستثناء لان الاستثناء في الاطراف والاجزاء لا يتحقق لان الدليل المستنبع قائم ولان الاستثناء تصرف في الملقط فلا يعمل الا في الملقط والحمل بمنزلة جزء من اجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناءه لانه ليس بملفوظ واذا لم يكن تصحيحه استثناء يبقى شرط فاسدا لانه على خلاف مقتضى العقد لان العقد يقتضي دخول جميع الاوصاف وهذا يقتضي خلافه **قوله** وهذا هو الحكم في النكاح الى آخره بان تزوج امرأة على جارية واستثنى حملها يبطل الاستثناء وتصبح الجارية مع الحمل مهرا وكذلك اذا جعل الجارية الحامل بدل الخلع واستثنى حملها لا يصح الاستثناء وبصير الحمل والجارية بدل الخلع **قوله** ولو اعتق ما في بطنها (ثم)

فان وهبها له على ان يردّها عليه وعلى ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه
 بدارءى ان يرد عليه شيئا منها او يعرضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط
 تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي صم اجاز العمري
 ثم وهبها جازت لانه لم يبق الجنبين على ملكه فاشبه الاستثناء ووجه المشابهة ان
 في صورة اعتاق الحمل لا يبقى الحمل على ملك الواهب فكذا في استثناء الحمل
 لان الحمل لا يبقى ايضا على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل ولود بر
 ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبه الاستثناء والفرق ان التدبير
 لا يزيل ملك المدبر والموهوب متصل بما ليس بموهوب وهو في ملك الواهب فصا كهبة
 المشاع فيما يقسم او كهبة شيء مشغول بملك الواهب فلم يجز فاما الاعتاق مزيل ملك المعتق
 فجاز لهب الام بعد اعتاق الجنين والموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب
 ثم رتب ب ارضا فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له فان الهبة يتم كذا اذا
 وفي الكافي وشبه الاعتاق بالاستثناء في الهداية من حيث ان الهبة تصح في الامة كما في
 فصل الاستثناء ونفي التشبيه في فصل التدبير من حيث ان الهبة لا تصح في الامة لان تدبير
 الولد مانع فلم يكن نظير الاستثناء وفي الايضاح والمعنى فيه ان الملك في باب الهبة
 متعلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشرط وانما الشرط يؤثر في العقود الشرعية
 لان الحسيات اذا وجدت لامر لها فلا يمكن ان يجعل عدما فعلى هذا كان ينبغي ان لا يفسد
 الرهن لان حكمه يتوقف على القبض والفرق ان القبض في باب الرهن اعتبر حكما للرهن
 فان حكم الرهن يد الاستيفاء وحكم العقد يضاف الى العقد والشرط الفاسد يؤثر في العقد وما في
 باب الهبة فالحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض فكان القبض في حكم ركن العلة في باب الهبة
 والفساد لا يؤثر في الركن فلغا الشرط واعلم ان استثناء ما في البطن تنقسم ثلاثة اقسام في قسم يجوز
 التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وفي قسم لا يجوز اصل
 التصرف كالبيع والاجارة والرهن وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية* (قوله)

وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربو وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات **قال** ومن له علي آخر ألف درهم فقال اذا جاء خذ فهي لك او انت منها بري او قال اذا اديت الي نصف فلك نصفه او انت بري من النصف الباقي فهو باطل لان البراء تملك من وجه اسقاط من وجه هبة الدين ممن عاين ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تملكه ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا لا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها كالاتفاق والعناق فلا يتعداها **قال** والعمرى جائزة للمعمر له حال حيوته ولورثته من بعده لما رويناه ومعناه ان يجعل دارة له مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التملك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبي باطله عند ابي حنيفة ومحمد راجع وقال ابو يوسف راجع جائزة لان قوله داري لك تملك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التملك بالخطر فبطل واذا لم يصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به *

قوله وابطل شرط المعمر العمرى تملك بطريق الهبة بشرط الرد عليه متى مات المعمر له لان معنى العمرى ان تقول ملكتك هذه الدار مادمت حيا او عمر كفاذا مت فهي لي **قوله** لان الدين مال من وجه اي بالنظر الى المال حتى وجب فيه الزكاة ووصف من وجه اي بالنظر الى الحال حتى لا يبحث لو حلف ان لا مال له ولهذا يرتد بالرد وهو آية التملك ويتم بلاقبول وهي امانة الاسقاط والتعليق بالشروط مشروع في الاسقاطات المحضة والاسقاطات المحضة وهي التي يحلف بهادون ما فيه معنى التملك **قوله** لما روينا اراد به قوله عليه السلام فمن اعد عمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده **قوله** والرقبي باطله عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله جائزة حاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف رحمه الله (هذا)

فصل في الصدقة

قال الصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المتصور هو الثواب وقد حصل وكذلك اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المتصور هو الثواب وقد حصل **قال** ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب ما لا يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل *

هذا اللفظ على انه تسليم الحال والرجوع الى الواهب منتظر فيكون كالعمرى وقالوا لا يثبت في نفس التملك لان معنى الرقبي عند هذا ان مت فيلك فهو لك وكان هذا تعليقنا لغيره الخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل والله اعلم *

فصل في الصدقة

قوله لما بينا في الهبة اراد به قوله ولان في تجبوزة التزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة قوله وكذا اذا تصدق على غني استحسانا اي لارجوع في الصدقة على الغني ايضا كما لارجوع في الصدقة على الفقير ومن اصحابنا من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء يعني فيهما الرجوع قال لانه انما يقصد به العوض دون الثواب الا ترى ان في حق الفقير جعل الصدقة والهبة سواء في ان المتصور الثواب فكذلك في حق الغني الهبة والصدقة سواء فيما هو المتصور ثم له ان يرجع في الهبة فكذلك في الصدقة ولكن نقول في ذكره لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال المملك ثم التصدق على الغني يكون قرينة يستحق بها الثواب فقد يكون غنيا يملك نصا باوله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا النبل الثواب الا ترى ان عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكاة بالتصدق عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع والله اعلم * (كتاب)

كتاب الاجارات

الاجارة عقد ترد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والتباس بأبني جواره لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة و اضافة التملك الي ما سيجد لا تصح الا اذا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قول عليه السلام اعطوا الاجير اجرة قبل ان يحرق عرقه وقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجرة وتعد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط

كتاب الاجارات

مسألة الاجارة لغة مذكورة في المغرب وغيره على الاستقصاء

قوله الاجارة عقد ترد على المنافع احتريزه عن بيع الاعيان **قوله** بعوض احتريزه عن العارية **قوله** و اضافة التملك الي ما سيجد لا يصح لان المعدوم ليس بمحل العقد لانه ليس بشيء فيستحيل وصفه بانه معقود عليه ولانه لا بد من ملك المعقود عليه بعد الوجود لان انعقاد العقد والمعدوم لا يوصف بانه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا الى زمان الوجود لان المضافات لا يحتل الاضافة كالبيع **قوله** والدار اقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها هذا عندنا ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمل العقد يظهر في المنفعة ملكا واستحقاقا اي ثبتت الملك والاستحقاق معا حال وجود المنفعة فعقد الاجارة ينعقد شيئا فشيئا حسب حدوث المنافع بمنزلة الوصية المضافة الى ما يثمر من نخله والطلاق المضاف الى شهر بخلاف بيع العين فان الملك في العين في البيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق الى زمان نقد الثمن وعند الشافعي رحمه الله يجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فان العقد يستدعي محلا ينعقد فيه اذا شرع حكم بالانعقاد والمأزوم وهو وصف العقد المانع فحكمنا بوجود المحل ليعقد العقد وما ذهبنا اليه من اقامة الدار مقام المنفعة اولى (لان)

الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة

لان جعل السبب مقام المسبب امر شائع في الشرع اما جعل المعدوم موجودا بخلاف الاصل اذ المعدوم مع الوجود متنافيان ولهذا اقيمت المرأة مقام ما هو المقصود من النكاح في حكم العقد واقامت الذمة التي هي محل للمسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم وهذا الان من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه موجودا في نفسه مقدورا للتسليم وللشارع ولاية ان يجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما لحاجة الناس اليه كما جعل النطفة في الرحم ولا حيوة فيها كالحى حكما في حق الارث والعنق والوصية وكما جعل الحى حقيقة كالميت حكما وهو المرتد الا حق بدار الحرب واقرب من هذا السلم فانه بيع المعدوم حقيقة لكن الشرع جعل العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم رخصة وترفيها باعتبار ثبوته في الذمة الشبوت في الذمة فائما مقام العين القائم حال العقد كذا هنا والله تعالى ان ينصب الاحدمر شرك في حكمه احدا لكان نقول جواز العقد ليس باعتبار ان المنفعة المعدوم به يجعل مودا حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد لانها عرض لا يتصور بقاءها وقتين وما لا بقاء لها كيف يتصور تسليمه بحكم العقد فلا يكون محلا لعقد المعاوضة بل باعتبار ان عين الادار المنتفع بها اقيم مقام المنفعة في حق صحة الايجاب ليرتبط الايجاب بالقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وهذا لان اقامه السبب مقام المسبب اصل في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة والبلوغ مقام كمال العقل الى غير ذلك من النظائر ولا عهد لنا في الشرع ان يجعل المعدوم موجودا مع ان فيه قلب الحقيقة ولم يكن الجواز في السلم بطريق ان المسلم فيه اخذ حكم العين بل باعتبار ان الذمة التي هي محل للمسلم فيه اقيمت مقام المسلم فيه في حق جواز السلم او باعتبار ان المسلم فيه اعطي له حكم الثمن على انه يقدر الشيء حكما اذا كان يتصور حقيقة والمسلم فيه يتصور وجوده حقيقة فيمكن (تقديره)

(كتاب الاجارات)

ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه و
بدله تنقض الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جازان يكون ثمنا في البيع جازان يكون
اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالا عيان

تقديره حكما والمنافع التي يحدث في المدة لا يتصور وجودها جملة حقيقة فلا يتصور حكما وكذا
الحى يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة ثم للشافعي رحمه الله تعالى مسائل على
هذا الاصل منها ان الاجرة يملك بنفس العقد ويستوفي للحال لانه اعطي للمنافع المعدومة
حكم الموجود المملوك في صحة الاجارة فيصير بمنزلة بيع عين موجود والبيع المطلق يوجب
الملك في الثمن حالا ومنها اذا آجروا شهرين فلم يسلم شهرا واراد التسليم في الثاني
لم يجبر على التسلم كما اذا اشترى شيئين صفقة واحدة ولم يسلمهما حتى هلك احدهما
فان المشتري ينخبر في قبض الباقي ومنها اذا مات احد المتعاقدين لم يبطل وورثت المنافع
وكذلك الموصي لدبسكنى الدار اذا مات ورثت عنه السكنى لانها صارت للموصى له ومنها
ان المولى اذا آجر عبده سنة ثم اعتقه بقي العقد لان منافعه صارت في حكم المملوكة للمستاجر
والخارجة عن حكم المولى والعبد فلا يصير له بالعنق وكذا الوصي اذا آجر اليتيم سنة ثم بلغ
اليتيم لم يملك نقضه كما لو كان باع ماله *

قوله ولا تصح حتى يكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا وهو قوله عليه السلام
من استاجر اجيرا فليعلمه اجرة وهذا الحديث بعبارة دل على اشتراط اعلام الاجرة
وبدلا لانه على اشتراط اعلام المنافع وهذا لان المنافع هي المعقود عليه في عقد الاجارة والاجرة
معقود به وفي العقود الاصل هو المعقود عليه وما المعقود به فيجري مجرى التبع فلما اشترط
اعلام التبع كان اشتراط اعلام المتبوع اولى فكان اشتراط اعلام المنافع ثابتا بدلالة الحديث
فصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ادعاه من اشتراط اعلام المنافع واعلام الاجرة
قوله كالا عيان نحو العبد والنياب *

(قوله)

فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالى والمنافع نارة تصير معلومة بالمدة
 كاستيجار الدور والمستكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي
 مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت
 المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالبت المدة او قصرت
 لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا يجوز الاجارة
 الطويلة كيلا يدعى المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار

قوله فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره وهو قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون
 اجرة لان الاجر عوض مال فكل ما هو مال وصلاح عوضا صلح اجرة اما الشئ فما يجب
 في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة **قوله** اذا كانت المنفعة لا تتفاوت هذا احتراز
 عن ما اذا كانت الارض للزراعة الى مدة معلومة حيث لا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع
 فيها لان ما يزرع فيها متفاوت على ما يجي بيانه في الكتاب **قوله** وهي ما زاد على ثلاث
 سنين وهو المختار للفتوى المتولي اذا آجر الموقوف فان كالواقف شرط ان لا يوجرا اكثر
 من سنة لا يجوز الزيادة على ذلك وان لم يكن شرط جاز اجارته الى ثلاث سنين اما
 الاجارة اكثر من ثلاث سنين تكلموا فيه قال مشائخ بلخ رح لا يجوز وقال بعضهم يرفع الى
 الحاكم حتى يبطله وبه اخذ الفقيه كذا في التتمة والحيلة في ان يجوز اكثر من ثلاث سنين يرفع الى
 الحاكم حتى يجوز وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضباع
 الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز وفي غير الضباع كان يفتي بعدم الجواز فيما
 زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز وفي شرح حبل الخصاص الحيلة
 لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقد عقد متفرقة على الاوقاف كل عقد على سنة
 فيكتب استاجر فلان بن فلان كذا بثلاثين عقودا كل عقد على سنة فيكون العقد الاول
 لازما والثاني غير لازم لانه مضاف كذا في الذخيرة *

(قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجر متى يستحق)

قال وقارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطة او استاجر دابة ليحمل عليها مقدار معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب او لون الصبغ وقدره وجنس الخيالة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في الاجير الواحد ولا بد من بيان الوقت

قال وقارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا بان ينقل هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراده ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد *

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعتود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابل من البذل ولنا ان العقد ينقدش في شيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي

قوله وقارة يصير معلومة بنفسه اي بنفس العقد **قوله** كما في اجير الواحد وفي بعض النسخ الاجير الواحد والاصح هو الاول في المغرب اجير الواحد على الاضافة بخلاف الاجير المشترك من الواحد بمعنى الوحيد ومعناه اجير المستاجر الواحد وفي معناه الاجير الخاص ولو حرک الحاء يصح لانه يقال رجل وحداي مفرد والله اعلم بالصواب *

باب الاجر متى يستحق

قوله الاجرة لا تجب بالعقد المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا اما اجمالا فان الاجرة لو كان عبدا فاعتقه المواجر قبل وجودا حد معان ثلثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا لضم اعتاقه كما في البيع واما تفصيلا فانه عقد معاوضة فيعتبر فيه المساواة ولم يوجد في جانب المقر عليه لانفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذلك في جانب العوض فان قيل (لو)

في جانب المنفعة التراخي في البذل الاخر و اذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر
 لتحقق النسبة وهكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقاله وقد ابطله
 لو لم يكن نفس الوجوب ثابتا لما صح التعجيل من المستأجر والابراء من المواجه فلنا انما صح
 ذلك نظرا الى انعقاد السبب فبالنظر الى انعقاد السبب يجب ان يكون الحكم مرتبا عليه
 كما في سائر العقود وانما التراخي للضرورة وبهذا يقتضي ايضا من قول النائل ينبغي
 ان لا يصح شرط التعجيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وله مطالب
 من جهة العباد لاننا نقول لانم بانه ليس بمقتضي العقد فان العقد يقتضيه كما في البيع الا انه
 ترك بعارض وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر فاذا اسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح
 وقال الشافعي رحمه الله بملك بنفس العقد ويجب تسليم الدار والدابة الى
 تأجير لانها عقد معاوضة فمطلته يوجب ملك البذل بنفسه كعقد البيع وهذا لان المنافع
 سارت موجودة حكما في انعقاد العقد اذ من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه
 موجودا مقدورا للتسليم والشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم
 والحيوة فيها كالحی حکما في حق الارث والعنق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما
 وهو المرند اللاحق بدار الحرب وهذا كما سلم فانه بيع المعدوم حقيقة ولكن الشرع جعل العين
 المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم كذا هنا قلنا هذا عقد معاوضة فيقتضي تقابل
 البذلين في الملك والتسليم اي ثبت الملك في العوضين معا كالبيع لان من قضية المعاوضة
 المساواة ثم احد البذلين هو المنفعة لم يصير مملوكة بنفس العقد بل تراخي حكم العقد فيها
 الى حين وجودها فكذا الاجر وهذا لانه معدوم في نفسه والملك صفة الموجود فلا يتصف
 المعدوم به واذ لم يملك المعقود عليه في الحال لو ملك البذل لملك بغير عوض وذاليس بقضية
 المعاوضة وجواز العقد ليس لما ذكره بل باعتبار اقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهو المنفعة
 ضرورة تصحيح العقد ليربط الايجاب بالقبول فيتقدر بقدرها ولا ضرورة في ملك البذل بنفس
 العقد بل في حق البذل كالعقد المضاف الى وقت الحدوث فلا يثبت الملك قبله * (قوله)

(كتاب الاجارة باب الاجر متى يستحق)

واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقبض تسليم
المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع ثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان
تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للمتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فأتى التسليم
وانفسخ العقد فبسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانقضاء في بعضها
ومن استأجر دارا فللموحر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين
وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التأجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استأجر
بغير المدة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان
ابو حنيفة رحمه يقول اولا لا يجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر
لان المتعود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المتعود
عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساد العمل فاحقق
المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تنضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقد يادس دكرنا *

قال وليس للتصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في الغرض
غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر
قبل الفراغ لما بينا **قال** الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم *

قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها يعني اذ التمكن من الاستيفاء في المدة
وهذا اذا كانت الاجارة صحيحة اما في الاجارة الفاسدة بشروط وجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء
والتمكن من المستأجر يجب ان يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استأجر
دابة الى الكوفة وقبضها وامسكها ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة
فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة وقال الشافعي رحمه الله
يجب الاجرة في الوجهين كذا في النهاية **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب
الاجر قبل الفراغ لما بينا يريد به قوله لان العمل في البعض غير منتفع به وهذا ونع (مخالفا)

قال ومن استأجر خباز الخبز في بيته فبئز من دقيق بدرهم لم يستحق الا جر حتى يخرج الخبز من التور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجته ثم احترق من غير فعله فله الاجرة لانه صار مسلماً بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضومون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمن الخبز واعطاه الاجر **قال** ومن استأجر طباً خالطه له طعاماً الوليمة

مخالطة العامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغنى وشرح الجامع الصغير والخبر الاسلام وفاضل خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية ففي المبسوط لو استأجر خياطاً يخط له في بيت تأجر قميصاً وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل لما الى صاحب الثوب بالفراغ ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر الامام القاضيان رحمه الله وللهذا لو استأجر خياطاً يخط له في منزله كلما عمل عملاً يستحق الاجرة بقدرة ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف رحمه الله اتبع صاحب التجريد (ابالفضل الكرمانى رحمه الله) والله اعلم بما هو الحق عنده *

قوله ومن استأجر خباز الخبز في بيته اي في بيت المستأجر فان اخرجته ثم احترق من غير فعله فله الاجر ولا ضمان عليه قيل هذا قول الكل اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا لانه لم يهلك صنعه واما عندهما فلا لانه هلك بعد التسليم وذكر القدوري في شرحه ان على قولهما يجب الضمان لانه اجير مشترك والعين في يده امانة عنده مضمونة عندهما فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وهو اختيار صاحب الهداية كالغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع في يده وقال القدوري رح لا ضمان عليه في الخطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه وحال ما وجب الضمان لا قيمة له كذا في الذخيرة * (قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجر متى يستحق)

فالعرف عليه اعتبار الم عرف **قال** ومن استأجر انسانا فليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامه
عند ابي حنيفة رح وقال لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريع من تمام عمله اذا لا يوم من
من الفساد قبله فصار كخراج الخبز من الثور ولان الاجير هو الذي بتولاه عرفا وهو المعتبر
فيما لم ينص عليه ولا ابي حنيفة رح ان العمل قد تم بالاقامة والتشريع عمل زائد كالنقل
الا ترى انه ينتفع به قبل الشريعة بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه
طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج *

قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار واصباغ فله ان يحبس العين حتى
يستوفي الاجر لان المعتود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل
كما في المبيع ولو حبسه فضايع لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه غير متعد
في الحبس فبقي امانته كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعتود عليه قبل التسليم وعند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعدة لكنه بالخيار ان شاء
ضمنه قيمته غير معيول ولا اجر له وان شاء ضمنه معيولا وله الاجر وسنين من بعد ان شاء الله تع *

قال وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح
لان المعتود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا ينصور حبسه فليس له ولاية الحبس

قوله فالعرف عليه اي اخراج المرقعة من القدر الى القصاص عليه وان استوجر بطنج قدر
خاص فاخراج المرقعة من القدر ليس عليه كذا في الايضاح والمحيط والمرجع في الجميع
العرف **قوله** استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يستحقها حتى
يشرجه هذا اذا ضرب اللين في ملك المستاجر فان ضرب به في ملك نفسه فلا يجب الاجر
عنده الا بالعد عليه بعد اقامتها وعندهما بالعد عليه بعد التشريع كذا في نظم الزند وبسني
قوله وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار واصباغ فله ان يحبس العين اختلف المشائخ
في قوا اصحابنا كل صانع لعمله اثر في العين ان المراد به العين والاجزاء المملوكة للصانع (١)

و غسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون لأراد حق حبسه لاستيفاء الجبل ولا اثر لعمله لأنه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر راجيس له حق الحبس في الوجهين لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هورا ضيابه من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع **قال** واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعتود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كما لمنفعة

الذي بمحل العين كالشاستج والغراء والحنوط ونحوها اما مجرد ما يرى ويعاين في محل العمل ككسر الفستق والخطب وطحن الحنطة وحلق رأس الغبد فاختر الاكثرون الاول بعضهم الثاني واما القصار فان كان بقصر بالشاستج او ببياض البيض نله حق الحبس لأنه اتصل بالثوب ، مال قائم كما في الصبغ فاما اذا كان بيض الثوب لا غير فقد قيل ليس له حق الحبس من البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف الى عمله بل البياض كان حاصله ولكن استتر بالدرن والوسخ فزال ذلك بعمله وظهر البياض الذي كان في الاصل وقيل له حق الحبس لان ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالاوساخ فيقع العمل احدا ان الصفة البياض من حيث المعنى فيكون له حق الحبس كما في الخياطة *

قوله وغسل الثوب نظير الحمل هذا اذا لم يستعمل في الغسل شيئا **قوله** وقد احياه والاحياء الذي يتصور من العباد تخلص من اشرف على الهلاك اذا الاحياء الحقيقية من خواص الالهوية **قوله** في الوجهين اي سواء كان لعمله اثر او لم يكن لان المبيع وقع في يد المشتري برضا البائع قبل نقدا الثمن فيبطل حقه في الحبس كما اذا عمل في بيت صاحب الثوب وهذا لان المبيع هنا اما اثر عمله في العين كما في الخياطة او مال قائم اتصل بالثوب كالصبغ وقد وقع في يد المشتري برضا البائع وهو كمن استقرض من آخر كرحنطة وامر بالقائها في ارضه بذرا فتعل صار قابضا **قوله** ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل يعني ان المبيع وقع في يد المشتري (بغير)

(كتاب الاجارات ... باب الاجر متى يستحق ... فصل)

في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمل له لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ابتاءه بنفسه وبالاستعانة بغيره بدنزلة ابتفاء الدين *

فصل

ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجي بعياله فذهب فوجد بعثهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بتدرة ومراة اذا كانوا معلومين

بغير رضا البائع قبل نقد الثمن فلا يبطل حق البائع في التحبس كما في بيع العين وهذا لان المبيع في مسئلتنا انرا العمل او مال اتصل بالعين وقد وقع في يد المشتري وهو صاحب الثوب بغير رضاء البائع لان العمل الذي استوجرا لاجله لا يمكنه تحقيقه الا بتحصيل الاثر متصلا بملكه فيكون مضطرا في ذلك والاضطرار يمنع ثبوت الرضاء *

قوله في محل بعينه اراد بالمحل ههنا الصانع يعني شرط ان يكون محل هذا العمل هو لا غيره فلا يجوز له ان يستعمل غيره كالمصلحة في محل بعينه يعني اذا استأجر غلاما بعينه لا يكون للمؤجر ان يدفع غلاما آخر مكانه كذا هذا وصورة ما اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه ان يقول استاجرتك لتخيط هذا الثوب بنفسك او بيدك **قوله** وان اطلق له العمل بان يقول استاجرتك لتخيط هذا الثوب بدراهم فهذا من قبيل اطلاق العمل عرفا وان كان المذكور خياطة لنظافله ان يستاجر من يعمل له لان المستحق عليه عمل في ذمته ويمكن ابتاءه بنفسه وبالاستعانة بغيره كابتفاء الدين والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه قال الفقيه ابو جعفر روح هذا اذا قلت مؤنة الباقين بموت من مات وما اذا لم ينقص المؤنة بان مات الكبار مثلافه كل الاجر **قوله** ومراة اذا كانوا معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملة ثمنهم ويقل مؤنتهم بتقصان عددهم فاذا اوفى بعض المعقود عليه دون البعض استحق بقدر ما اوفى وبطل بقدر ما لم يوف * (قوله)

وان استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرد
 فلا أجر له وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمنا الله له الأجر
 في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه
 من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المتصور
 أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معاق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام
 وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر
 بالذهاب بالاجماع لأن الحمل لم ينتقض وإن استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة
 فذهب فوجد فلانا ميتا فرد فلا أجر له في قولهم جميعا لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام
 بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد ر ح لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر *

استأجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرد
 فلا أجر له هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد ر ح له أجر الذهاب كما لو لم
 يرد الكتاب وكما لو كان رسولا بلا كتاب فذهب ولم يجد المرسل اليه أو وجدته إلا أنه لم يبلغه
 الرسالة ورجع له الأجر بالاجماع وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله قول أبي يوسف
 مع محمد رحمهما الله قيد بالذهاب بالكتاب ليشير به الى أن هذا الحكم فيما إذا استأجره
 للذهاب بشيء ليس له حمل ومؤنته وقيد بالمجيء بالجواب لأنه لو لم يشترط عليه المجيء
 بالجواب وترك الكتاب ثمه فيما إذا كان ميتا أو غائبا فإنه يستحق الأجر كما ملاحظ **قوله** أو وسيلة
 اليه أي الى المقصود وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به أي بنقل الكتاب **قوله**
 وقد نقضه أي نقل الكتاب أما حقيقة فظاهروا أما اعتبارا فلأن ترك الكتاب ثمه مفيد لأنه
 ربما يصل الى ورثته فينتفعون به أو الكاتب ينتفع به فإرد فاته ما هو المقصود بالاجارة
 فيكون ناقضا للعمل اعتبارا والله اعلم *

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فيصرف اليه وان لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حداد ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقيد به ورائها دلالة *

قال ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها والمستاجر الشرب والطريق وان لم بشرط لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الحشيش والارض المسجدة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر التحقير وقدمر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة واغبرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستأجر الساحة لبني فيها اوليغرس فيها نخلا او شجر لانها منفعة تقصد بالاراضى *

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قوله ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها بان قال استأجرت هذا الدار والحانوت سنة فقط ولم يقل للسكنى التماس ان لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع والانتفاع قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الامتعة فينبغي ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك وجه الاستحسان ان المقصود معلوم بالعرف وهو السكنى فيصرف اليه لان المعلوم عرفا كالمشروط نفا على هذا قوله للسكنى يتعلق بالحوانيت لا بالاستيجار ومعناه والحوانيت المعدة للسكنى

قوله وله ان يعمل كل شيء مما لا يضر بالبناء للاطلاق وذلك نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك **قوله** وما يزرع فيها متفاوت لان الارض قد يستأجر لزراعة البر ولزراعة الشعير ولزراعة الذرة والارز وغيرها وبعضها يضر بالارض لان البعض قريب الادراك (و)

ثم اذا انتضت مدة الاجارة لزم ان يطلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لها ففي ابقائها اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انتضت المدة والزمان بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبيين *

قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويملكه فله ذلك وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعها فحينئذ يملكها بغير رضاه *

قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا الا ان الحق لفلان لا يستوفيه *

قال وفي الجامع الصغير اذا انتضت مدة الاجارة وفي الارض زطبة فانها تقطع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر **قال** ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة

معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه احد ليس له ان يركب غيره لانه تعين مراد من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب

فصر على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للباس واطلق فيما ذكرنا الاطلاق المنظ

وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره

او اللبس غيره فعطبت كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصم التعيين وليس له

ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل ما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف

المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت

والبعض بعيدة اولان البعض يضرب بالارض كالذرة والبعض لا يضرب كالطين فخالم يبين

شيئا من ذلك لا بصير المعقود عليه معلوما واعلام المعقود عليه شرط جواز الاجارة *

قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء قال ابو نصر رحمه الله هذا الذي ذكره

انما اراد به اذا وقع العقد على ان يركب من شاء لانه لو اطلق للركوب من غير ان يقول على

ان يركب من شاء يفسد العقد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان قال على ان يركب من

شئت صح العقد وان لم يسم شخصا بعينه لانه رضي به وكذا اذا استاجر ثوبا للباس يعني قال (له)

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

والذي بضر بالبناء خارج على ما ذكرنا **قال** وان سمي نوعا وقد رام معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسهم لانه دخل تحت الاذن لعدم التناوت او اكونه خبرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كما ملح لانعدام الرضاء به وان استاجرها ليحمل عليها فطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مش وزنه حديد الا انه ربما يكون اصرا بالدابة وان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والتطن ينسط على ظهره *
له البس من شئت ويحتدل انه اراد بقوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء انه يسمى الركوب ولم يعين الراكب ولم يقل من شاء لانه وان وقعت الاجارة فاسدة الا انه اذا لم ينتقض الاجارة حتى اركب رجلا او ركب موارتفع العساد وتعين المراد من الاصل و صار كأنه نص على ركوبه ابتداء وكذا اذا استاجر ثوبا للبس ولم يعين اللابس ولم يقل على ان يلبسه من شاء ثم لبس هو ان يلبسه غيره *

قوله والذي بضر بالبناء خارج كالتصاريق والحدادة لا يتساردا مطلق السكنى **قوله** على ما ذكرناه اشارة الى قوله الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا لحانا **قوله** وان سمي نوعا وقد رام معلوما يحمله على الدابة مثل ان تقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر كما اذا استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عشرة مخاتيم من حنطة اخرى او ليحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره **قوله** او اقل كالشعير والسهم بان استاجرها ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها عشرة اقفزة شعيرا وسهم لان مثل كيل حنطة من الشعير يكون اخف على الدابة حتى قيل لو سمي مقدار من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يصمن لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما يأخذ الحنطة فهو كما استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها قطنا وتبنا واما مثل كيلها من الشعير فلا يأخذ من ظهرها اكثر مما يأخذ الحنطة وفي الذخيرة وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يضمن استحسانا ثم قال وهو الاصح وبه كان يقتضى الصدر الشهيد رحمه الله * (قوله)

قال وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالغروسية ولان الآدمي غير مؤزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنائيات وان استأجرها ليحمل عليها مقدار من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مازون فيه وما هو غير مازون فيه والسبب الثقل

قوله وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا آخر ضمن نصف قيمتها نيد بتولاه اردف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة يطيق حملها لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق على الدابة اما اذا كانت لا تطيق فيجب جميع الضمان في الاحوال كلها كذا في الذخيرة وقيد بتولاه لانه لو اردف صبيا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو مازون في التنازع بقوله ضمن نصف قيمتها وعليه الاجر كما لا يستغناء المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره او لا يردف ثم المالك الخيار في ذلك ان شاء ضمن المستأجر وان شاء ضمن الردف فان ضمن المستأجر لا يرجع على الردف مستأجرا كان او مستعيرا وان ضمن الردف رجع هو على المستأجر ان كان ذلك الردف مستأجرا وان كان مستعيرا لا يرجع عليه كذا في الذخيرة والمغني فان قيل الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقد وجب عليه ضمان النصف فكان ينبغي ان لا يجب عليه نصف الاجر قلنا انما ينفي الاجر عنه عند وجوب الضمان لانه ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا اجر عليه في ملكه وههنا لا يملك شيئا بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا اجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه **قوله** ولا معتبر بالثقل بوزن الكبر خلاف الخفة والنقل الحمل **قوله** كعدد الجناة في الجنائيات حتى اذا جر حرجل جراحة واحدة والآخر عشر جراحات فمات فالدية بينهما انصافا لانه ربما يكون جراحة واحدة اكثر تاثيرا من عشر جراحات فكذلك سقط اعتبار الثقل لما ذكرنا اعتبر عدد (١)

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطبقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل فبئها لعدم
الاذن فيها اصلا لخروجها عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند
ابي حنيفة رحمه الله ولا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت
مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط
السلامة ان يتحقق السرق بدونه وهذا للمبالغة فيقيد بوصف السلامة كالمروري الطريق
وان استأجرها الى الحيرة فجاءت بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن
الراكب وان استأجرها لحنبل عليها مقدار من الحنطة تحمل عليها اكبر منه فعطبت ضمن
ما زاد النخل وهذا بخلاف ما اذا استأجر نور الطحن به عشرة مخاتيم بحنطة فطحن احد عشر
مختو ما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة مخاتيم
انتهى اذن المالك تبعه ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة مستعمل لها
بغير اذن المالك فيضمن جميع قيمتها فاما الحمل فيكون جملة واحدة فهو في البعض
مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الصدان على ذلك *

قوله فانقسم عليهما مثل ان يستأجر دابة يحمل عليها مائة من الحنطة فحمل مائة وعشرة يقسم
على احد عشر جزأ فيضمن جزأ **قوله** وان كبح الدابة بلجامها اي ردها وهو ان يجذبها الى نفسه
لتقف ولا تجري **قوله** لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد لان المعروف صرفا كالمشروط
شرطا ويريد الانقضاء الدابة لابد فيكون الاذن ثابتا منه بالعرف **قوله** كالمروري الطريق وجه الاحتاق به
من حيث حصول المنفعة ذلك الفعل للفاعل لا لغيره وذلك لانه ان ابيهم له الضرب ههنا انما ابيهم
لمنفعة نفسه لا لحق المالك فان حق المالك في الاجر يتقرر بدونه ومثله بتقيد بشرط السلامة
كالمروري الى الصيد بخلاف ما اذا اذن المالك فيه نصا فان بعد الاذن فعله كفعل المالك وهذا
اذا ضربته ضربا يضرب مثله اما اذا لم يكن بهذه المثابة فيضمن بالاجماع لانه غير داخل تحت
العقد لانصا ولا عرفا الحيرة بالكسر مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل
من الكوفة والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا كذا في المغرب * (قوله)

وكذلك العارية قبل تأويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهباً لاجائياً لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردوداً الى يد نائب المالك معنى أما اذا استاجرها ذاهباً وجائياً يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصوداً فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فاذا انتقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً ولا يبرأ بالعود وهذا اصح *

قال ومن اكترى حماراً بسرج فترع ذلك السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناول له اذن المالك

قوله وكذلك العارية يعني اذا استأجره انبذ الى موضع معلوم وجاوز عنها ثم عاد اليها ثم هلك **قوله** وقيل الجواب مجرى على الاطلاق وهو انه يضمن في كل حال **قوله** وفي الاجارة والاعارة يسر الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال يريد به ان المالك ما امر المستأجر والمستعير بالحفظ قصداً ونصاً وانما امرهما بالاستعمال والانتفاع فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع فاذا جاوز الحيرة صار غاصباً للدابة ودخلت في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد فان قيل لا كذلك فان غاصب الغاصب اذا ارد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد الى احد هذين قلنا ترد في المأخذ او على من يؤخذ منه فسبب الضمان يرتفع بالرد عليه كذا في الفوائد الظهيرية وقد طعن عيسى رحمه الله فقال بد المستأجر كيد المالك بدليل انه يرجع بما لحقه على المالك بخلاف المستعير وبدليل ان مؤنة الرد على المالك في الاجارة دون العارية ولكننا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست بيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد على المالك لما فيه من المنفعة في النقل فاما بد المستأجر يد نفسه كذا في المبسوط * (قوله)

(كتاب الاجارات..... باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

اذلا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا على في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسر ج بمثله الحمر ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه با كاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان اوكفه با كاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة ر ج وقال يضمن بحسابه لاند اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرخص بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولا يبي حنيفة ر ح ان الاكاف ليس من جنس السرج

قوله اذلا فائدة في التقييد بغيره وهو الذي اكرى به ونزعه لان الذي اسرجه به مثل الذي اكرى به وهو نظير ما لو استأجر الحمار ليحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة غيره **قوله** وان كان لا يسر ج بمثله الحمر بان اسرج الحمار بسرج البرزون ضمن اي جميع القيمة **قوله** وهذا اولى لانه لما ضمن بالسرج الآخر مع انه من جنسه فالضمان بالا كاف مع انه من خلاف جنسه اولى وان اوكفه با كاف يوكف بمثله الحمر ذكر هذه المسئلة في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول ابي يوسف ومحمد ر ح ومن مشائخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة ر ح لانه لم يذكر في الجاهع الصغير انه ضامن جميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين اي قدر يضمن فكان المطلق محمولا على المفسر ومنهم من قال من ابي حنيفة ر ح روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام خواهر زاده وهو الاصح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ر ح يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة ر ح منهم من قدر ذلك بالمساحة حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والا كاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف القيمة وقيل معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى لو كان ثقل الاكاف ضعف ثقل السرج يضمن نصف قيمته فان قيل التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والا كاف لان السرج جنس واحد اما الاكاف فمخالف (للسرج)

لانه الحمل والسرج للركوب وكذا ينسب احدهما على ظهر الدابة ما لا ينسب عليه الآخر فيكون مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حملا للحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطرفين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صحة التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حملة في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بنا لارض من الحنطة لا انتشارا، وفيها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شريف ضمن ما نقصها ولا اجر له لانه

للسرج يجب ان لا يضمن جميع قيمة الدابة عندهما كما لو اوقف المسرج قلنا التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والا كاف في الصورة والانتفاع المطلوب منهما اما في حق الاضرار بالدابة فالتفاوت بين سرج الحمرو وبين اكاف يوكتف به الحمرا قل من التفاوت بين سرج الحمرو وسرج البراذين والضمان حكم يتعلق بالضرر *

قوله لانه للحمل والسرج للركوب اشارة الى المخالفة المعنوية وقوله وكذا ينسب الى اخرى اشارة الى المخالفة الصورية فتحققت المخالفة صورة ومعنى فيضمن كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة لوجود المخالفة صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى فلان الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة فيكون اشق كذا هنا ايضا **قوله** اما اذا كان يضمن اي اما اذا كان تفاوت بين الطرفين يضمن والتفاوت هو ان يكون الطريق الذي اخذ فيه بالسلوك او عرا واعد او اخوف ثم هلك المتاع يضمن **قوله** فلم يفصل اي فلم يفصل محمد ر ح في الجواب بناء على ان الظاهر عدم التفاوت في الطرفين اذا كانا مسلوكتين *

(كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا لم يخطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لايجاوز به درهم اقل معناه القرطيق الذي هو ذوطاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجري على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة ر ح انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجرا لمثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في باب ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يضمن للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرِب منه كوزا فانه يخير كذا هذا *

قوله لانه غاصب للارض على ما قررناه اشارة الى قوله لان الرطاب اضرب بالارض من الحنطة الى آخره فلا يكون مستوفيا ما يناوله العقد فان قيل لا كذلك فان المعقود عليه منفعة الارض بالزراعة وقد استوفى ذلك بزراعة الرطبة ولكنه زاد على القدر المستحق عليه فينبغي ان يجب الاجر عليه فلما ضرر الحنطة على الارض اقل من ضرر الرطبة فالحنطة يزرع في كل سنة والرطبة لا يزرع في كل سنة ولكنها تنمو في كل سنة الى ان يبلى اصلها فكان الجنس مختلفا ومع اختلاف الجنس لا يكون هو مستوفيا للمعقود عليه ثم لا بد من ايجاب نقصان الارض عليه والاجر مع الضمان لا يجتمعان وان زرع في الارض ما هو اقل ضررا من الحنطة يلزمه الاجر المسمى لانه خلاف الى خير فلم يصربه غاصبا **قوله** قيل معناه القرطيق الذي ذوطاق واحد القرطيق قباء ذوطاق وهو الذي يلبسه الاتراك مكان القميص **قوله** وقيل هو مجري على اطلاقه لانه اطلق في الكتاب فدل ذلك على ان الحكم في الكل واحد لانهما يتقاربان في المنفعة من حيث دفع الحر والبرد واستراة العورة ولكل واحد منهما كمان وذيل ودخريص **قوله** للاتحاد في اصل المنفعة وهو اللبس والستر والله اعلم بالصواب * (باب)

باب الاجارة الفاسدة

الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلة الا ترى انه فقد يقال ويفسخ والواحد
في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رح يجب بالغ ما بلغ
اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في
الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا انفعا على مقدار في
الفاسد فقد اسقطا الزيادة وانقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان
العين متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صححت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استأجر دارا
كل شهر بدرهم والعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمى جملة الشهور معلومة

باب الاجارة الفاسدة

اجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع مثل ان يستأجر رحي ماء على انه ان
انتقطع الماء فلا اجر عليه لان هذا الشرط مخالف لموجب العقد فموجب العقد ان لا يجب
الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد فهو مفسد للعقد
لان الاجارة يثبت على المصا ئقة والمما كسة فتفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا
للمنازعة الا ترى ان الكاح لما بني على المسا محنة والمساهلة لا يفسد بالشرط **قوله** لا يجاوز به
المسمى اى الواجب الاقل من اجر المثل ومن المسمى وهذا اذا كان فساد الاجارة بسبب
شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية اما اذا كان باعتبار واحد منهما
يجب الاجر بالغ ما بلغ كما اذا استأجر دارا على دابة او ثوب او آجر منه دار يسكنها
بعتريته على ان يعمرها ويؤدي نوا ئبها فان ثم يجب اجر المثل بالغ ما بلغ **قوله** قلنا ان
المنافع غير متقومة بنفسها لان التقويم يستدعي سبق الاحراز وما لا يبقى كيف يحرز وانما
صارت متقومة شرعا بالعقد لضرورة حاجة الناس اليه فيكتفى بتلك الضرورة (في)

(كتاب الاجارات باب الاجارة الفاسدة)

لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصمح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمي جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة * .

قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجران يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو التماس وقد مال اليه بعض المشائخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان استاجر دار ستة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهو واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء

في الصحيح منها الا ان الفاسدة تبع للصحيح فلا يفرده حكم ولا يتال لما كان تقوم المنافع بالاعتد فاذا فسد العتد ينبغي ان لا يجب شيء لان الاجارة الفاسدة ملحقة بالاجارة الصحيحة لكونها تبعها والبيع ثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسدة مشروع باصله دون وصفه وفي تميزه من الصحيح حرج فالحقنا به فاذا التحق الفاسد بالصحيح يعتبر في الاجارة الفاسدة ما يجعل بدلا في الصحيح عادة وهو اجر المثل وهذا بيان ان المعتبر في الفاسد اجر المثل وقوله ولكنهما اذا اتفقا بيان انه لا يزداد على المسمى لانهما اذا اتفقا على شيء فقد اسقطا الزيادة فلا سقاط وان كان في ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها لرضاء بسقوط الزيادة وعدم تقوم المنافع في نفسها *

قوله لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد دلالة لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهل النها ولا على ما بين الادنى والكل لعدم اولوية بعضها فتعين الادنى *

(قوله)

فأشبهه اليميني بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهورة السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد رح وهو رواية عن ابي يوسف رح الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام بصر اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة فهكذا الى آخر السنة ونظيرة العدة وقدم في الطلاق *

قال ويجوز اخذ جرة الحمام والحجام فاما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لا جماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روى انه عم احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا *

قال ولا يجوز اخذ جرة عصب النيس وهو ان يوجز فيجلالينزوا على اثاث لقوله عليه السلام

ثم قال اليميني بان حاف لا يكلم فلا تشهرا فهو من يوم حلف بخلاف الصوم فانه اذا نذر ان يصوم شهرا لم يتعين الشهر الذي يلي النذر لانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى ان الليل لا يصلح لذلك **قوله** لانها هي الاصل اي لان الاهلة اصل في الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي موافقت للناس والايام بدل عن الاهلة الا ترى الى قوله عليه السلام صوموا لربيتهم وافروربيتهم فان غم اليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما وانما يضار الى البديل اذا تعذر اعتبار الاصل **قوله** ويجوز اخذ جرة الحمام والحجام وقد كره بعض العلماء ذلك اخذ ابطاهر قوله عليه السلام الحمام بيت الشيطان ومنهم من كره اخذ حمام النساء لانهم نهين عن الخروج وامرن بالقرار في البيوت واجتماعهن فلما بخلعن فتنة والصحيح انه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة اليه خصوصا في ديارنا الحاجة في حقهن اظهر لمزيد احتياجهن الى الاغتسال ولا يتمكن من ذلك في الانهار والحياض كما يتمكن الرجال **قوله** واعطى الحجام الاجر ولو كان حراما لم يعطه اياه لانه كما لا يحل اكل الحرام لا يحل دفعه لغيره لياكل وقوله عليه السلام ان من السحت كسب الحجام منسوخ بما روينا * (قوله)

ن من سحب عصب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه **قال** ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه بصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤوا القرآن ولا تاكلوا به وفي آخر ما عهد رسول عليه السلام الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان اجرا ولا ان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح *

قوله ان من السحت عصب التيس اي كراء عصب التيس فانه اخذ المال بمقابلة ماء مهين لا قيمته والعقد عليه باطل لانه لا يلزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعده وهو يتنى على نشاط الفحل ايضا **قوله** والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم اي يختص بملئه الاسلام اما اذا لم يختص بها فيجوز كما اذا استأجر ذميا على تعليم التوراة يجوز لان تعليمها لا يختص بملئه الاسلام كذا في الفوائد الكرماني وقوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح والقياس يأبى جواز الاستيجار على تعليم التوراة ايضا الا ان يكون المراد منه انه اذا استأجر على تعليم التوراة وعلمها المستأجر يجب الاجر بخلاف تعليم القرآن فانه لا يجب الاجر وان علمه **قوله** في كل ما لا يتعين على الاجير هذا احتراز عما لو كان متعينا للامامة والافتاء والتعليم لانه حينئذ لا يجوز استيجاره بالا جماع **قوله** ولهذا يعتبر اهليته اي اهلية العامل ويعتبر نيته لانية الامر ولو انتقل فعل المأمور الى الامر بشرط نية الامر واهليته كما في الزكاة فان ثمة بشرط نية الامر واهليته حتى لو كان المأمور كافرا يصح اداء الزكاة لان المؤدي هو الامر وهما بخلافه فعلم به ان المؤدي هو المأمور *

(قوله)

وبعض مشائخنا استحسنا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية
ففي الامتناع بضيع حفظ القرآن وعليه الفتوى ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا
سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد **قال** ولا يجوز اجارة المشاع
عند ابي حنيفة رح الامن الشريك، وقالوا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يواجر نصيبا
من دارة او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب
اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهابي فصار كما اذا اجر من شريكه او من
رجلين وصار كالبيع ولا يبي حنيفة رح انه اجر ما لا يتدر على تسليمه فلا يجوز *

قوله وبعض مشائخنا استحسنا الاستيجار على تعليم القرآن وهم ائمة بلخ فانهم اختاروا
قول اهل المدينة وقالوا ان المتقدمين من اصحابنا ينو هذا الجواب على ما شاهدوا في
صحة من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة ومروءة المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان
فما في زماننا فقد انعدم المغنيان جميعا فنقول بجواز الاستيجار كيلا يتعطل هذا
الباب ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات الا ترى ان النساء كن يخرجن الى
الجماعات في زمن رسول الله صلعم وابي بكر رضي الله عنه حتى منعهن من ذلك عمر
رضي الله عنه وكان ما رآه صوابا وكذا يفني بجواز الاجارة على تعليم الفقه وقال الامام خيرا خري
في زماننا يجوز للامام والمودن والمعلم اخذ الاجرة كذا في الروضة **قوله** والمعصية
لا يستحق بالعقد لان عقد الاجارة يستحق به تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز ان يستحق
على المرء شيء يكون به عاصيا شرعا كيلا يصير المعصية مضافة الى الشرع **قوله** ولا يجوز
اجارة المشاع عند ابي حنيفة رح اي فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل صورته ان يواجر
نصيبا من دارة او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك او يواجر نصف عبدة او دارة او دابته
قوله وقالوا اجارة المشاع جائزة وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما **قوله**
ولهذا يجب اجر المثل اي عند ابي حنيفة رح في المشاع فهذا دليل على ان للمشاع
منفعة اذ لو لم يكن له منفعة لما وجب شيء كما اذا استأجر حشا او رصا سبخة * (قوله) ..

(كتاب الاجارات باب الاجارة الفاسدة)

وهذا لان تسليم المشاع وحدة لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكين ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكين فيه واما النهائي فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والتقديره على التسليم شرط العقد وشرط الشيء بسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والا خلافا في النسبة لا يضره *

قوله وهذا لان تسليم المشاع وحدة لا يتصور لان التسليم انما يتم بالقبض والتقبض امر حسي وهو لا يرد الا على المعين والمشاع غير معين **قوله** والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تسكينا جواب عن قولهما والتسليم ممكن بالتخلية وهو ان التخلية اعتبرت تسليما اذا كان تمكينا من الانتفاع وانما يكون تمكينا اذا حصل بها التدكن والتمكن لا يحصل به فلم يعتبر فعله تمكينا بخلاف البيع لحصول التمكين ثمة من البيع والاعتاق وغير ذلك **قوله** واما النهائي فانما يستحق حكما للعقد لان النهائي انما يستحق حكما للملك المنفعة وملك المنفعة حكم عقد الاجارة وكونه مقدورا للتسليم شرط العقد وشرط الشيء بسبقه وحكم الشيء يعقبه او يقارنه فلا يصلح شرط جواز العقد لئلا يتقلب الحكم شرطا وهذا لانه لا وجود للحكم الا بصحة العقد ولا صحة للعقد الا به من حيث هو شرط فلا يصح ابدا **قوله** واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع لان المقصود من الاستيجار الانتفاع والمنفعة هي المعقود عليها واستيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى ههنا لانه يسكن جميع الدار فكان مستوفيا لمنفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة والاختلاف في النسبة لا يضره وهو نظير بيع الآبق ممن في بده يجوز لكون التسليم مقدورا عليه وهذا بخلاف الرهن لان بالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه وهو الحبس الدائم اذ لا تصور له وفي هذا الشريك والاجنبي سواء فاما هنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة بل انما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وبخلاف الهبة فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك وخبرة في ذلك سواء *

(قوله)

على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط المبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما. **طارئ قال** ويجوز استيجار الظربا جرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولا ين التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وافرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خد منها الصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبيغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدم من تبعته ولهذا الوار ضعته بلبن شاة لا يستحق الا جر *

قوله على انه لا يصح في رواية الحسن عنه فجعله كالرهن على هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي يناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذاك مفسد لعقد الاجارة كمن استأجر من وجب المقر اض من منفعة قرض الثياب لا يجوز لان استيفاء المعقود عليه مما يناوله العقد من يتناوله العقد **قوله** وبخلاف الشيوع الطارئ بان آجر رجل من رجلين ثم مات احد المستأجرين او آجر رجلان من رجل ثم مات احد المواجهين فانه تبقى الاجارة في نصيب الآخر شائعا وهذا هو ظاهر الرواية فان مات احد المستأجرين حتى بطل العقد في نصيبه فعن ابي حنيفة ر ح انه يفسد العقد في حق الآخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا في معنى شيوع يقترب بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الآخر لان تجديد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فنعتقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع الطارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وبخلاف ما اذا آجر من رجلين فان تسليم المعقود عليه كما اوجبه العقد مقدور عليه للمواجهين ثم المهاياة بعد ذلك يكون بين المستأجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه وانما وجب اجر المثل اذا سكن لان الفساد للعجز عن التسليم فلا يمنع الانعقاد على الفساد كما اذا باع عبدا بقاء الف درهم فان العقد ينقذ على الفساد حتى اذا قبض الالف ملكها بحكم العقد الفاسد **قوله** ويجوز استيجار (١)

والاول اقرب الى الفقه لان عقدا الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بكرة لبشر لبنها وسنين العذر من الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة **قال** ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رح وقال لا يجوز لان الاحرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تقضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تقضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعا فهو جائز بالاجماع ومعني تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذه لاجهالة فيه ولو سمي الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثنان وبشترط بيان مكان الايلاء عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة بشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم *

الثمنا بآجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والمراد بعد الطلاق وقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح وصاحب الهداية كما ترى *

قوله والاول اقرب الى الفقه وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار الامام المحقق شمس الائمة السرخسي **قوله** فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ اي بطعامها وكسوتها **قوله** ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثنان يعني ان المكيل والموزون اذا كان موصوفا غير مشار يشترط دينا في الذمة والدين تارة يصير مؤجلا وتارة معجلا كالدرهم والدنانير بخلاف الثوب فانه لا يثبت دينا في الذمة الا في السلم وبشترط بيان الاجل في السلم فكذا اذا استأجرها بتياب موصوفة *

(قوله)

قال وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها لان الوطئ حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانه لحقه الا ان المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبست كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصالح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد المولود وما ذكر محمد رح ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل *

قال من المسمى الى حائك غز لا ينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل عبدا فله تقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عبده فيصير في معنى تقفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو ان يستأجر ثور يطحن له حنطة بقبز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير

قوله لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع يعني لا باعتبار ان المعقود عليه العين بدليل ان الصبي لو اوجر بلبن الظئر في المدة لا يستحق الاجر فعلم ان المستحق هو الارضاع والعمل لا العين كذا في الاوضح واذا دفعت الظئر الصبي الى خاد منها حتى ارضعته فلها الاجر كاملا استحسانا لانها لم يشترط عليها بندها فهو نظير من استأجر قصارا ليقصر له ثوبا او خياط ليخيط له ثوبا ولم يشترط عليه العمل بنفسه فعمل بغيره فانه يستحق الاجر كذا هنا بخلاف ما اذا شرط عليها الارضاع بنفسها *

(قوله)

فلا يعد هو قادرا بقدره غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترك في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغ ما بلغ عند محمد ر ح لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة ر ح وقال ابو يوسف ومحمد ر ح في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت بوجوب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل بوجوب كونه معقودا عليه فلا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجر في الاول فيفضي الى المزاغة وعن ابي حنيفة ر ح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم **قوله** فلا يعد هو قادرا بقدره غيره ومعنى آخر وهو ان الاجرا ما ان يلزمه في الذمة او في عين موجود وهو ما التزمه في الذمة و دقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد ولان محل العمل لو كان مشتركا ابتداء وانتهاء لا ينعقد الاجارة ولا يجب الاجرا جماعا كما اذا استأجره ليطحن حنطة مشتركة او يحمل طعاما مشتركا بينهما وهنا محل العمل يكون مشتركا في الانتهاء دون الابتداء فيجب ان ينعقد بوصف الفساد عملا بالشبهين **قوله** ولا يجاوز بالاجر قفيزا اي فيما اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه وفيما هو في معنى قفيز الطحان لا يجاوز بالاجر المسمى المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع بعينه **قوله** وله ان المعقود عليه مجهول وجهالة المعقود عليه يفسد العقد وهذا لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود عليه المنفعة اذا الوقت يختص بتقدير المنفعة وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل والجمع بينهما غير ممكن لان العمل متى صار معقودا عليه لم يجب الاجر الا بالعمل ومتى صار (المعقود)

وقد مر مثله في الطلاق **قال** ومن استأجر ارصاعا على ان يكر بها ويزرعها ويسقيها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا ينأى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا بوجوب الفساد *

المعقود عليه المنفعة يجب الاجر بتسليم النفس واغراض الناس في ذلك مختلفة فلا يتعين احد هما معقودا عليه لوجود التعارض وعدم الترجيح اذ بقصود المستأجر العمل لان نفعه فيه ومنقصود الاجير الوقت لان نفعه فيه لانه يستحق الاجر بالتسليم وان لم يعمل وجهها للمعقود عليه يمنع جواز العقد لان قضاء الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستأجر ان يقول ما فعدك في بقية المدة حتي باعتبار تسمية الوقت وانا استعملك واذ لم يفرغ من العمل الى الليل فللاجير ان يقول عند مضي اليوم قد انتهت في العقد بانتهاء المدة وقيل الضابط للفرق بين ما كان ذكر الوقت للاستعجال وبين ما كان ذكره لبيان الوقت في اجير

انما يفسد العقد بالجمع بين الوقت والعمل انا ذكرهما قبل ذكر الاجرة اما ان ذكر الاجر معه حتي تم العقد ثم ذكر الباقي منهما لا يفسد العقد حتي لو قال

استأجرتك اليوم بدرهم علي ان تخبز لي هذا القفيز من الدقيق جا والعقد اما لو قال استأجرتك لتخبز لي هذا القفيز من الدقيق اليوم بدرهم او قال استأجرتك اليوم لتخبز لي هذا الدقيق بدرهم فالعقد هنا يفسد وانما كان كذلك لان في الوجه الاول لما تم العقد بذكر احد الشئين اما المدة واما العمل مضموما الى ذكر الاجرة كان ذكر الباقي بعده اما لتعيين العمل او لتعجيل فلم يفسد العقد واما في الوجه الثاني فلانه لما جمع بين العمل والمدة قبل تمام العقد بذكر الاجرة صلح كل واحد منهما مقابلا للاجر وليس احدهما باولي من الاخر وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة انا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه للطرف والطرف لا يقتضي استيعاب المظروف فلا يكون ذلك اعلاما للمنفعة فلا يصلح المنفعة معقودا عليها حينئذ فيصير العمل هو المعقود عليه *

قوله وقد مر مثله في الطلاق اي في فصل اضافة الطلاق الى الزمان في مسئلة انت طالق

(قوله)

في غد وقال نويت آخر النهار *

فان شرط ان يشيها او يكرى انهارها او يسرقها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان مواجر الارض بصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صنفتان في صنفه واحدة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يرد لها مكروبة ولا شبهة في فسادها وقيل ان يكرى بها مرتين وهذا في موضع يخرج الارض الربيع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا يبنى منفعته وليس المزاد يكرى الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل وان استجرها ليزرعها بزرعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رح هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان جتى جازت الاجارة باجردين ولا يصير ديناً بدين ولنا ان الجنس بانقراده يحرم النساء عندنا فصاركبيع القوهى بالتوهى نسيته والى هذا اشار محمد رح ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للمحاجة

قوله وهذا في موضع يخرج الارض الربيع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة قيد بهذين القيدين لانه لو كانت الارض في بلدة نحتاج الى تكرار الكراب لتخرج الربيع لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون من مقتضيات العقد حينئذ وكذا لو كانت المدة ثلاث سنين بحيث لا يبقى منفعته لا يفسد العقد **قوله** بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح احتراز من قول من قال بان المراد منها الجداول **قوله** لانه يبقى منفعته في العام القابل هذا دليل الفساد في شرط كرى الانهار العظام **قوله** فلا خير فيه اي لا يجوز اصلاً **قوله** الى هذا اشار محمد رح روى ان ابن سماعه كتب الى محمد ام لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فقال محمد انك اطلت الفكرة ولزمك الحيرة وجالست الحثائي وكانت منك زلة ما علمت ان مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والحنائي اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعه في هذه المسائل وكان يقول لا برهان لكم عليها فقال محمد لابن سماعه (كانت)

ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة **قال** واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه وحمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رحمه الله المسمى لان المنفعة عين عنده ويبيع العين شائعاً جائزاً فصار كما اذا استاجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبداً مشتركاً ليخط له الثياب ولنا انه استاجره ليعمل لا لوجوده لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المتألف ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانما هو حكمي يمكن ابقاؤه في الشائع * كانت مجازاة استك اياه زلة يقال ثوب قوهي منسوب الى قوهستان كورة من كور فارس والمعنى فيه ان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود في الحال فاذا اتحد الجنس

..... شيء بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم النساء عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس في النساء في الجنس المختلف ليس بحرام كما لو اسلم قوهي في مروي فان قيل انما حرم بيع الشيء بجنسه نسيئة عندكم باعتبار ان النقد خير من النسيئة وهما لا فضل لاحدهما على الاخر والقبض في البدلين على نمط واحد قلنا نعم الا ان النص اذا علل تعلق الحكم في الفرع بالعلة فاما في الاصل اما يتعلق بعين النص فلا يعتبر العلة في المنصوص والحرمة فيما اذا لم يكن يدايد منصوص فلا يعتبر فيه المعنى *

قوله ولا حاجة عند اتحاد الجنس يعني انا انما جوزنا الاجارة بخلاف التماس لمساس الحاجة اليها والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لا بتغاء الفضول فان قيل عند اختلاف النوع ان لم يفسد لهذا المعنى يفسد لمعنى آخر وهو ان بيع الدين بالدين حرام باطل قلنا الذي لم يضحبه الباء هو المعقود عليه واقيم المحل مقام المنفعة وهو معين فيصير الاجر بمنزلة الثمن فلا يكون غير العين بغير العين بل يكون عيناً بدين وذلك جائز **قوله** فيكون عاملاً (فلا)

(كتاب الاجارات باب الاجارة الفاسدة)

ومن استاجر ارضا ولم يدكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة وغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي التيسر لا يخوز وهو قول زفرح لانه توقع فسادا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في جالته العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس ففوق في بعض الطريق فلا ضمان عليه

فلا يتحقق التسليم لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عدله الى الغير وبدون التسليم لا يجب الاجر غاية الامر انه عامل للغير ايضا لكن جعله عاملا لنفسه اولى لان الاصل ان الانسان يعمل لنفسه مع ما فيه من تملك المانع المعدومة ولا ندل على ان عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان عاملا للغير يجب ولا يجب بالشك ولا يقال المحمول لما كان مشتركا وجب ان يقع الحمل مشتركا لان وقوع الحمل مشتركا محال لانه عرض وهو لا يتجزى *

قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا فان قيل ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض لانه ان زرعها جائز ان يكون مازرعها مضر بالارض فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك على ما ذكر ولا ينقرد احدهما بالتعيين ثم الاستعمال تعيين احدهما فلا يصح ذلك فلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان يصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد باعباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء احد النوعين يزول هذا التوقع ويجوز هذا العقد ولهذا قلنا بالجواز عند انتفاء هذا التوقع **قوله** وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة جعل هاتين المسئلتين مقيسا عليهما وزفرح لا يقول بالانقلاب الى الجواز (فيهما)

لان العين المستأجرة امانة في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله
 الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه
 وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد *

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة
 حتي يعمل كالصباغ والقصار

فيهما لانهما اقيمت الحججة وظهر بطلان قول زفر فيهما بالفساد فبعد اسقاطه صار تابعا بمنزلة المجمع
 عليهما ويحتمل ان يكون هذا من قبيل رد المختلف الى المختلف لزيادة الايضاح ومثله كثير *
 قوله لان المستأجر امانة في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة والامانة لا تضمن
 الا بالتعدي وما يحمل عليه الماس ليس من التعدي **قوله** فان بلغ بغداد فله الاجر
 المسمى استحسانا على ما ذكرنا اي في المسئلة الاولى وهو قوله وجه الاستحسان ان الجهالة
 ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا وفي القياس يجب اجر المثل لان المنافع قد استوفيت
 باجارة فاسدة والحكم فيها ما ذكرنا *

باب ضمان الاجير

الاجير المشترك من يكون عقده وارادا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه
 في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة كالتقصار والصباغ
 والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد وانما افترق الاجير المشترك مع الخاص
 في ان الاجير المشترك لا يمنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول
 من العمل في الاجير المشترك بمنزلة الدين في ذمته وذلك لا يصلح ما نعا مثله من غيره
 والاجير الخاص من يكون العقد وارادا على منفعه ولا يصير منفعه معلومة الا بذكر المدة (او)

(كتاب الاجارات باب ضمان الاجير)

لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعاملان منافعه لم تصر مستحقة
لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا **قال** والمتاع امانة في يده فان ملك لم يضمن
شيئا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب
والعدو والمكابر لهما ما روي عن عمرو وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير
المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا ملك بسبب يمكن
الا حترازه كالفصص والسرقه كان التصير من جهته فيضمنه كالوديعه اذا كانت
باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف الله والحريق الغالب وغيره لانه
لا تقصير من جهته ولا بي حنيفة رح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا
لو ملك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كسائر المغصوب والحفظ
مستحق عليه تبعا لمتصور اولهذ الا يتامله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ
مستحق عليه متصورا حتى يتامله الاجر **قال** وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه
وزاق الحدال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينه من
مدة مضمون عليه وقال زفر والشافعي رح لاضمان عليه لانه امره بالعمل مطلقا فينتظره
بنوعيه المعب والسليم وصار كاجير الواحد ومعين القصار ولان الداخل تحت
لاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الوسيله الى الاثر

او المسافه ومنافعه في حكم العين فاذا صار مستحقة بعقد المعاوضة لم يتمكن من ايجابها لغيره
وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينيا في الذمة لا يتعذر عليه قبول السلم
من غيره والبيع لما كان يلائق العين فبعد ما باهه من انسان لا يتمكن من بيعه لغيره *

قوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل يعني اذا شرط ان يعمل هو بنفسه وقوله او اثره اذا لم
يشترط ان يعمل هو بنفسه **قوله** ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به يريد به ان
المعقود عليه الحفظ ايضا وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق (با)

(كتاب الاجارات .. باب ضمان الاجير)

وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما ذونا فيه بخلاف المعين لانه مشرع فلا يمكن تقييده بالمصالح لانه يستمع من التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الواحد على ما ذكره ان شاء الله تعالى وانتطاء الحبيل من ثلثة اهتمامه بكان من صنيعه *

بالعقد حفظا سليما عن عيب بسبب الهلاك الذي لا يقع الا لتقصيره في الحفظ ولو بالغ لاندفع فاذا هلك بجهته يمكن الاحتراز عنها كما غصب والسرقه صار بالتقصير تارك ذلك الحفظ الذي ضمنه له بعقده فيضمن كالود بعد اذ اكانت باجرو صار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق فان تخرق كان ضامنا وهذا لانه لا يتوصل اليه اقامة العمل الا بالحفظ والعمل السليم مستحق عليه وما لا يتوصل الى المستحق الا بديكون مستحقا الا ان ما لا يمكن التبرع به يكون عفوا كالموت حتف الله والتخرق الغالب او غير هذا لان الحفظ عنه غير واجب لان عدم الجباية والتقصير منه وليد ان العين امانة عنده لانه قبض العين باذن المالك لمنفعة وهي اقامة العمل فيه له فلا يكون مضمونا عليه كالمودع واجير الواحد وهذا لان الضمان انما يجب بالتعدي او بالعقد ولم يوجد واحد منهما اما التعدي فلانه قبض باذن المالك واما العقد فلانه ورد على العمل لا على العين فلا يصير العين به مضمونا ولهذا لو هلك بسا لا يمكن التحرز عنه لا يضمن ولو كان مضمونا لضمنه كالمغصوب واما الحفظ فغير معقود عليه لكنه وسيلة اليه ولهذا لا يتقابل بالاجر بحال وجعل العين تابعا للعمل فاب الحقيقة فلا يصار عليه الا من ضرورة كما في الحبس اذ لا يتدر على حبس اثر فعله الا بحبس العين بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه متصوفا اذا انعقد عقد حفظ والاجر في مقابلة الحفظ وعن علي رضي الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصباغ وغير ذلك فكانت المسئلة مختلفة بين الصحابة فلا يجب تقليد البعض *

قوله وهو المعقود عليه حقيقة اي الاثر **قوله** فلم يكن ما ذونا في اي في المعيب لانه ليس

(قوله)

بوسيلة الى الاثر *

قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية وهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحملة العاقلة **قال** واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حملة ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجرة بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعار او بانقطاع الحمل وكل وذلك من صنيعة واما اختيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن من الابتداء تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا **قال** واذا فسد العصار او بزغ البزاع ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجماع الصغير بيطار بزغ دابة بدائق فنفتت او حجام حجم عبد امر مولاه فمات الا ضمان عليه **قوله** الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة قيل انما هو اذا كان ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهم كالمنايع والصحيح انه لا فرق وكذا رواه ابن سماعة عن ابي يوسف رح في الوضوع كذا ذكره التمرناشي رح ولا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي **قوله** واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات انما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان يباع هناك واعلم ان الحمل اجير مشترك بمنزلة القصار فان تلف في يده بغير فعله بان زحمة الناس ففي وجوب الضمان عليه خلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه كما في ضمان الاجير المشترك وان تلف بفعله بان يعثر فانكسر المنايع فهو ضامن عندنا خلافا للفرقان التلّف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المنايع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذي سقط واعطاه من الاجر بحصته وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا اجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه يمشي معه فلا يشكل وكذلك ان كان لا يمشي معه يصير مسلما (با)

(كتاب الاجارات باب ضمان الاجير)

وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان وجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلحة من العمل ولا كذلك في الثوب ونحوه مما قد مناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاحتياط فامكن القول بالتقييد *

قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل

باتصاله بملكه وام يوجد تسليم المعتقد عليه بكما له ثبت الخيار اهذ افان قيل كان ينبغي ان لا يخير عند ابي حنيفة ر ح على هذا الوجه واكن يضمه قيمته في المكان الذي انكسر لان المذهب عنده ان المال امانة عند الاجير المشترك وانما يضمن ما تلف بفعله واذا كان امانة وقت القبض وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حملته منه قلنا انه في ذلك الضمان وجهان احدهما ان هذا ليس كذلك على الاطلاق ولكن القبض يقع على وصف من عنده ان هلك بصنعه ظهر انه كان مضمونا عليه وان سلم ظهر انه كان امانة وهنالك هلك برئته لانه كان مضمونا عليه فجاز ان يكون له الخيار على الوجه الذي قلنا والوجه الثاني هو انه وجد سبب الضمان في مكان الحمل منه لان سبب الضمان وان كان هو الحمل الذي وقع كسر او فساد الا ان الافساد الحاصل من عمله استند الى حالة العقد لان الفساد بعمله انما اوجب الضمان باعتبار العقد لانه لو اعتقد الاجارة لكان الاجير معينا في الحمل ولا ضمان على المعين فيما اعان ولما كان كذلك كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار والحكم بحال به على السبب فلهذا كان له ان يضمه قيمته في المكان الذي حملته منه *

قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فنصار ما نطق به رواية المختصر بيان لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيان لما سكت عنه ، رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم احدهما او كلاهما يجب الضمان

قوله والاجير الخاص الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل اي سلم نفسه (و)

كس استوجر شهرا لم يخدمه او لم يعي الغنم وانما سمي اجيرا وحدا لانه لا يمكنه ان يعمل
 اجيرة لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابلا للمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا
 وان نقص العمل **قال** ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من
 عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان
 تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عند هذا لصيانة اموال الناس والاجير الواحد
 لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المانع مني
 صارت مملوكة للمدسنا جزوا اذا امره بالتصرف في ملكه صح و يصير نائباً عنه فصار فعله
 منقولاً اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله اعلم بالصواب *

ولم يعمل مع التمكن اما اذا امتنع من العمل ومضت المدة او لم يتمكن من العمل ومضت
 المدة لم يستحق الاجر لانه لم يوجد تسليم النفس *

قوله كس استوجر شهرا لم يخدمه او لم يعي الغنم واعلم انه اذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم
 شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترع غنم غيري فحينئذ يصير اجيرا وحدا وان
 ذكر المدة او الا بان استأجره ليرعى غنمه شهرا بدرهم فهو اجير وحدا الا ان يقول وترعى
 غنم غيري **قوله** ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقص العمل اي ولانه يستحق الاجر بتسليم
 نفسه في المدة وان لم يعمل ويستحق الاجر وان نقص العمل بخلاف الاجير المشترك فانه
 لا يستحق الاجر اذا نقص عمله قبل ان يقبض رب الثوب لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب
 فانه روي عن محمد رح في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض
 رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على
 ان يعيد العمل لانه لو اجبر انما يجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى
 بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق
 الثوب فقد نقص عمله وصار كأن لم يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان بفتح الاجنبي
 لا يمكن ان يجعل كأن الخياط لم يعمل اصلا **قوله** ولا ضمان على الاجير الخاص (فيما)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيافدرهم وان خطته روميافدرهمين جاز واي عمل من هذين العاملين عمل استحق الاجرة وكذا اذا قال للمصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيرة بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهر ا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيرة بين مسافتين مختلفتين بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيرة بين ثلاثة اشياء وان خيرة بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة

فيما تلف في يده او سرق منه او غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم في عمله او تحرق الثوب من دقه هذا اذ لم يتعد الفساد لانه بائع منفعة والمنفعة سليمة وانما الخرق في العمل وليس هو تسليم للمنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونا عليه الا اذا تعدد الفساد بين شيئين كالمودع اذا تعدى وعلى هذا اجبر التقصار وسائر الصناعات اذا استوجروا لم يضمنوا لمن استأجرهم الا بما تعدوا فيه ويضمن الاستاذ لان التلميذ اجبر وحده ولا يرجع الاستاذ على التلميذ بما ضمن لانه اجبر خاص كذا في الايضاح *

باب الاجارة على احد الشرطين

قوله وكذا اذا خيرة بين ثلاثة اشياء بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى بغداد او الى واسط بكذا او كذا هذا في انواع الخياطة والصبغ والزراعة بان قال للمزارع ان زرعتها بغير كراب فلك ربع الخارج وان زرعتها بكراب فلك ثلثه وان زرعتها بكرابين فلك نصفه واي ذلك عمل فله شرطه كذا ذكره الامام التمر تاشي رح والمعتبر في جميع ذلك البيع فانه اذا اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء ويكون الخيار للمشتري جاز وكذا اذا خيرة بين ثلاثة اثواب ولا يجوز في الاربعة فكذا في الاجارة والجامع بينهما دفع الحاجة وهي تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد والوسط والردي ولا حاجة الى الاربعة لان دفعها بما دونها * (قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجرا لما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتستحق الجهة على وجه لا ترتفع المازعة الا بانبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غداً بنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غداً فله اجر مثله عند ابي حنيفة ر ح الإيجاز به نصف درهم في الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد ر ح الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر به مقابلته بدلان على البديل فيكون مجهولاً وهذا لان ذكر اليوم التعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتأخير وذكر الغد للتعليل فلا يجمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير متصور ان يزل منزلة اختلاف النوعين ولا يبي حنيفة ر ح ان ذكر الغد للتعليل حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأخير لان فيه فساد العقد لا اجتماع الوقت والعمل

قوله غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع يعني انما يفارق عقد الاجارة البيع من حيث اعتبار شرط الخيار فانه اذا باع احد العبدین لم يصح الا بشرط الخيار اي خيار التعيين وجوزوا عقد الاجارة في احد المنفعين من غير شرط الخيار لان الاجرة لا يجب بالعقد وانما يجب بالعمل فاذا اخذ باحد العاملين صار معلوماً **قوله** وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان بيانه لو افرد العقد على اليوم كان ذكر اليوم للاستعجال لا لتوقيت العقد به حتى لو خاطه في الغد استحق الاجرة وكذا لو افرد العقد على الغد بان قال خط غداً بنصف درهم كان ذكر الغد للترفيه حتى لو خاطه اليوم يستحق نصف درهم فاعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فيجتمع في كل يوم تسميتان على سبيل البديل فيجب احدهما وهي مجهولة فيفسد ولهما ان ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليل لان الغد كما يذكّر للترفيه يذكّر للاضافة والتعليل بل للاضافة حقيقة والترفيه مجاز والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز كيف وقد قام الدليل على (ارادة)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

واذا كان كذا لك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني . ويجب اجرا المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

ارادة الحقيقة هنا فانه لو اريد بذكر الغد الترفيه يفسد العقد في اليوم لاجتماع تسميتين فيه كما قاله زفر ررح وكذا الوالم يحمل ذكر اليوم على التوقيت يفسد العقد في الغد لاجتماع تسميتين فكان حمل اليوم على التوقيت والغد على التعليق امالا للحقيقة وتحري بالجواز العقدين ولا يلزم على هذا حمل اليوم على الاستعجال في قوله اخبر هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم لان حمله على الاستعجال ثم تحريا للجواز ايضا فانه لو حملناه على التوقيت يفسد العقد لانه حينئذ يصير المعقود عليه احد الامرين اما تسليم النفس باعتبار الرقت او العمل بذكر العمل ولان التعجيل والتاخير مقصودان مختلفان فنزل منزلة اختلاف نوصي العمل ولا يبي حنيفه ررح في الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على حقيقةه وهو التوقيت لقيام الدليل على ان الغد لا يفسد . فانه على التوقيت فساد العقد لاجتماع العمل والوقت فحمل ذكر اليوم على التعجيل لا يقدح ان ابا حنيفة ررح ينبغي له ان يجعل ذكر اليوم للتوقيت هنا وان كان فيه فساد العقد كما في قوله اخبر هذه العشرة المخاتيم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم للتوقيت حتى قال بفساده لانا نقول ذكر اليوم هنا للتعجيل بقربة وهي ان مقصوده العمل بدليل التزام الاجر بمقابلة العمل في الغد ولم يوجد تلك القربة في تلك المسئلة ولان زيادة الاجر بسبب انعجيل والنقصان بسبب التاخير بيان عنه ان ذكر اليوم للاستعجال لا للتوقيت اذ لو كان للتوقيت لما زاد الاجر للتعجيل ولو كان ذكر الغد للترفيه لما نقص عن الاجر فيه فصارت ذكر الغد للاضافة واليوم للتعجيل والمضاف الى الغد لا يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان والمضاف الى اليوم بقي الى الغد فيجتمع فيه تسميتان وما قاله انه حمل اليوم على التوقيت هنا ليصح الاجارة في الغد فاجاب ابو حنيفة ررح انه متى حمل على التوقيت يفسد في اليوم لانه حينئذ يصير المعقود عليه مجهولا وجواز العقد انما يثبت بدلالة الحال اذ الم يكن (المفسد)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد الاولى ولو قال ان اسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان اسكنته حدا فبدرهمين جازواي الامر بن فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رح وقالوا الاجارة فاسدة وكذا اذا استأجر بيتا على انه ان اسكن فيه عطارا فبدرهم وان اسكن فيه حدا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رح وقالوا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحبرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين

المفسد منصوصا وان ثبت مع ذكر العمل منصوص عاينه وهو مفسد ولا اعتبار بالدلالة مع النص المفسد وفي حالة اجتماع العقدين تركنا اعتبار ذكر اليوم الموحب للفساد تقرينة زائدة على ما مر *

قوله وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم وهذا يدل على انه قد يزاد على نصف درهم وروى عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمهما الله انه لا يزاد على نصف درهم وينقص عن نصف درهم فحصل عن ابي حنيفة رح روايتان وجه هذه الرواية ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم فاما الدرهم فهو مسمى في اليوم الاول ولا يقال ان التسمية الاولى باقية في اليوم الثاني لان اعتبار المصرح الاولى من غيرة والمصرح نصف درهم لا الدرهم وجه ظاهر الرواية انه اجتمع في الغد تسميتان فيعتبر التسمية الاولى لمنع الزيادة عليها ويعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملا بالتسميتين وهذا الاولى من الترجيح بالمصرح فان خاطه في اليوم الثالث فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح لانه اذا لم يرض بتاخير الى الغد باكثر من نصف درهم فالى ما بعد الغد الاولى والصحيح عندهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه *

(قوله)

(كتاب الاجارات باب الاجارة على احد الشرطين)

فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كرشعير
فينصف درهم وان حمل عليها كرحضة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة ر ح وقال
لا يجوز وجه قولهما ان المعتود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشئين وهو مجهول والجهالة
توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع
الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف
هو الاصل عندهما ولا يبي حنيفة ر ح انه خيرة بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما
في مسئله الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يتخالف اسكانه الحداد الا ترى انه
لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد الانتفاع وعنده ترتفع
الجهالة ولو احتيج الى الاجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به *

قوله فهو جائز ويحتمل الخلاف ذكر محمد ر ح هذه المسئلة ولم يحك فيها خلاف
فاحتمل الكل واحتمل ان يكون هذا قول ابي حنيفة ر ح خاصة كما في
نظائرها من المسائل **قوله** وهذا الحرف هو الاصل عندهما اي الاصل عندهما ان الاجر
منى وجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري عند التسليم ايها يجب يفسد العقد **قوله**
ولا يبي حنيفة ر ح انه خيرة بين عقدين صحيحين مختلفين فوجب القول بصحته كما في
الفارسية والرومية وهذا لان السكنى وعمل الحداد مختلفان وكل واحد منهما عند الانفراد
صحيح فكذا عند الجمع **قوله** والاجارة تعقد الانتفاع وعنده ترتفع الجهالة جواب عن قولهما
يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهوان الغالب في الاجارة الانتفاع لانها مشروعة
للحاجة فالظاهر ان لا يخلو عن الانتفاع واذا جاز الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع
ليس باصل بل هو من العوارض والاحتراز من العوارض غير واجب ولو تحقق ترك الانتفاع
واحتيج الى الاجاب الاجر بالتمكن يجب المتيقن وهو المقابل بادنى العمليين اذا الفصل لا يجب
بالشك وقيل يجب الاقل ويتنصف الفضل وقيل يتنصف كل واحد منهما فلا يتمكن الجهالة (بكل)

باب اجارة العبد

ومن استأجر عبدًا لخدمته فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحدود والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى عيبه داخلا كما في الركوب ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً واعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحساناً اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً صار على اعتبار هلاك العبد والنافع ما دون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر ان يأخذ منه بكل حال فصار الاصل عنده ان العقد اذا اشتمل على شيء معلوم تبدل معلوم وعصم اليه الزيادة بزيادة في البدل فان العقد يقع على الاصل المعلوم والفضل يتعلق باعتبار الفضل في المعتود عليه والله اعلم بالصواب *

باب اجارة العبد

قوله ولهذا جعل السفر عذراً يعني اذا استأجر غلاماً لخدمته في المصر و اراد المستأجر ان يسافر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر يتضرر المستأجر فلذلك جعل عذراً **قوله** كما في الركوب يعني اذا اطلق الركوب فاذا تعين ركوبه لا يكون له ولاية اركاب غيره وكذا في العكس فان قيل هو في ملك منافع منزلة المولى في منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فلماذا لا يكون له ان يسافر به قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبته **قوله** فصار كما اذا هلك العبد اي في ذلك العمل فانه يجب على المستأجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل لان المستأجر صار غاصباً له باستعماله فيضمن قيمته عند الهلاك واذا ضمن قيمته صار مالكا له (من)

(كتاب الاجارات باب اجارة العبد)

ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ر ح
وقالاه وضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صححت على ما مر وله ان الضمان انما
يجب بالتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز
نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله
من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر فان قيل يشكل
هذا باماد فع الارض التي عبد محجور عليه مزارعة ليزرعها العبد بذرة فهلك العبد في عمل
الزراعة فانه لا يضمن قلنا ان البذر لما كان من العبد يصير العبد مستاجرا للارض ولا يصير
صاحب الارض غاصبا للعبد لان من كان البذر من قبله يكون مستاجرا حتى لو كان البذر
من قبل صاحب الارض وهلك العبد في عمل الزراعة يضمن صاحب الارض والجواب
في الصبي المحجور كذلك والمعني انه فيه امين اذا ضمان فيه كذا في الفوائد الظهيرية
ان صورة اذا هلك المحجور من العمل في هذه الصورة فان كان المحجور صبيا فعلى
عاقلة المستأجر عليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك وان كان المحجور عبدا فعلى
المستأجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل له العبد لما ذكرنا *

قوله ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه قيد باجارة العبد نفسه لانه لو اجر الغاصب العبد
كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق **قوله** لان التقوم به اي بالا حراز **قوله**
وهذا غير محرز لان الاحراز انما يثبت بيد حافظه كيد المالك او بيد نائبه ويد المالك لم يثبت
عليه ويد العبد ليست يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضموئا عليه ولا يحرز
نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما في يده فان قيل يشكل هذا بولد المغصوبة لو استهلكه
الغاصب يضمنه وان لم يكن محرزا في حق الغاصب قلنا الولد متقوم لحصوله من المتقوم
بخلاف الاجرة فانها حصلت من منافع العبد وهي غير متقومة فكذا ما حصل منها
قوله في حق الغاصب اي غير محرز للمولى في حق الغاصب ولكنه محرز للمولى
في حق غير الغاصب حتى لو استهلك الكسب غير الغاصب في يد العبد يضمن * (قوله)

ويجوز قبض العبد الاجري في قولهم جميعا لانه ما ذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر
ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة
لان الشهر المذكور ولا ينصرف اليه ما يلي العقد تحريا للجواز ونظرا اليه تنجز الحاجة
فينصرف الثاني اليه ما يلي الاول ضرورة ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر
ثم جاء آخر الشهر وهو ابق او مريض فقال المستأجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى
لم يكن ذلك الا قبل ان تاتي بي ساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول
الموآجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجم بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو
يصلح مرجعا وان لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه
قوله ويجوز قبض العبد الاجري في قولهم جميعا وفائده تظهر في حق خروج المستأجر
عن عهدة الاجرة لانه عاقد واما اذا آجرة المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة
الابوكالة عن المولى لان القبض من حقوق العبد فيثبت للعاقد **قوله** على ما مر اشارة
اليه قوله والمفاد ما ذون فيه كقبول الهبة **قوله** ومن استأجر عبدا هذين الشهرين
وفي عامة الكتب استأجر عبدا الشهرين شهرا بكذا وشهرا بكذا بدون اسم الاشارة
وقوله تحريا للجواز وتنجز الحاجة لا يطابقه وضع المسئلة في المعين ويحتمل ان يحمل
قوله هذين على ما اذا قال الآجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة
فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فيصرف قوله هذين الشهرين
الي الشهرين المنكرين الذين دخلا تحت ايجاب الاجر فيبقى التكبير فيصلح التعليل
بتنجز الحاجة لاثبات التعيين **قوله** تحريا للجواز ونظرا اليه تنجز الحاجة وهذا لانه ان
لم ينصرف الشهر المذكور ولا اليه ما يلي العقد لكان الداخل في العقد شهرا منكرا من شهور
عمرة وهذا فاسد فلا بد من صرفه اليه ما يلي العقد تحريا للجواز وكذلك الاقدام على
الاجارة دليل تنجز الحاجة اليه تملك منفعة العبد فوجب صرف الشهر المذكور ولا
اليه ما يليه قضاء الحاجة الناجزة **قوله** اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة (وانقطاعه)

باب الاختلاف

قال اذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا وقال صاحب الثوب للمصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لابل امرتني اصفر فقال قول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لواقربه لزمه * **قال** واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسألة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد * **وقوله** فان القول قول من يشهد له الحال وان اختلفا في قدر الانتفاع فقال المستأجر عشرة ايام وقال الآجر خمسة ايام فالقول للمستأجر والبيئة للآجر وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه اذ الترجيح ابدانما يقع بما لا يصلح حجة وقد عرف في اصول الفقه والله اعلم **باب الاختلاف**

قوله لو انكراصل الاذن كان القول قوله اي لو انكر عقد الاجارة كان القول قول رب الثوب فكذا اذا انكر صفته **قوله** ومعناه ما مر من قبل اي قبل باب الاجارة الفاسدة في مسألة ومن دفع الى خياط ثوبا لم يخط قديما بدرهم فخاطه قباء **قوله** وذكر في بعض النسخ اي نسخ القدوري **قوله** يضمنه ما زاد الصبغ فيه من الضمان اي يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ لانه لما خالف امر الامر في الوصف صار بمنزلة الغصب **قوله** لانه ينكر تقوم عمله اذ هو متقوم بالعقد ولا عقده هنا حيث ادعى العمل بغير اجر ودعى العمل بغير اجر اعانة والاعانة تبرع بالمنافع * **(قوله)**

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل حريفا له اي خليط له فله الاجر والاملا ان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصعوبة بالاجر والقول قوله لانما افتتح المحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التخصيص على الاجرا اعتبار الظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله مذكروا الجواب عن استحسانهم ان الظاهر لدفع الحاجة ههنا الى الاستحقاق والله اعلم *

باب فسخ الاجارة

ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يصور بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حاد قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقدر ضي العيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل الموخر

قوله وينكر الضمان اي وجوب الاحر **قوله** حريفا له الحرفة بالكسر اسم من الاحتراف وهو لاكتساب وحرف الرجل معاملته وفسره هنا بالخليط واراد به من بينك وبينه اخذ واعطاء مثل ان كان الرجل يعامل قصارا وكان يدفع اليه الثوب باجرة ويقاطعه ودفع الثوب اليه في هذه النوبة ولم يقاطعه فله اجر مثل عمله اي القول قوله في انه عمله باجر وقال محمد رحمه الله ان من اتخذ كائنا وانتصب بعمل القصاراة بالاجر فالقول قوله قال شيخ الاسلام رحمه الله عليه الفتوى والله اعلم بالصواب *

باب فسخ الاجارة

قوله وانها يوجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حاد قبل القبض فيوجب الخيار وبهذا يندفع شبهة من قال ان عقد الاجارة لازم كالبيع ثم ان العيب اذا حدث في البيع بعد ما قبضه المشتري ليس للمشتري ان يردّه فكان ينبغي ان لا يرد بسبب العيب الحادث بعد القبض في الاجارة ايضا فقال ان العيب الحادث في الاجارة بمنزلة العيب الحادث في البيع (قبل)

الازال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه **قال** وإذا خربت الدار أو انقطع شرب
الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع
المخصوصة قبل القبض فشا به فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا
من قال ان العقد لا يفسخ لان المنافع قد بانت على وجه يتصور عودها فاشبهه الا باق في البيع
قبل القبض وعن محمد بن حنبل ان الأجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للأجر وهذا تنصيص منه
على انه لم يفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به بغير الطحن فعليه
من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه **قال** وإذا مات احدا المتعاقدين وقد عقدت الاجارة لنفسه
انفسخت الاجارة لانه لو بقي العقد تصير المنفعة للمملوكة والاجرة للمملوكة غير العقد مستحقة بالعقد

• قبل القبض لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئاً فشيئاً فما وجد من العيب يكون حادثاً
كما اذا حدث العيب في المبيع قبل القبض ثم المستأجر اذا استوفى

المنفعة فقد رضي به . . . ب فيلزمه جميع البدل كما في بيع دار رضي بالعيب لا يرجع بالتقصان *

قوله ما ازال به العيب كما صلاح ما انهدم من الدار **قوله** فاشبهه الا باق في البيع اي اذا
ابق المبيع قبل القبض لا يفسخ البيع كذا هنا **قوله** وهذا تنصيص منه على انه لم يفسخ
لكنه يفسخ اي قوله ليس للمستأجر ان يمتنع اي عن القبض ولا للأجر اي عن التسليم
تنصيص على انه لم يفسخ لكنه يفسخ اي له حق الفسخ ولان اصل الموضع مسكن بعد
انهدام البناء بتأتى فيه السكنى بنصب القسطاط فبقي العقد بهذا ولكن لا اجر
على المستأجر لعدم تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستيجار
وقال محمد بن حنبل في السفينة المستأجرة اذا انقضت وصارت الواحاثم ركبت واعيدت
سفينة لم يجبر على تسليمها الى المستأجر وقال محمد بن حنبل لا يشبه هذه الدار لان السفينة
بعد النقص اذا اعيدت صارت سفينة اخرى الا ترى ان من غصب من آخر الواحاث
وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فاما عرصة الدار فلا يتغير بالبناء عليها * (قوله)

لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقد ها لغيره لم تنسخ
مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى *
قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله
لو كان الخيار له لغوات بعينه ولو كان للموثر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار

قوله لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز ما في موت الأجر فلان المنافع التي
تحدث على ملكه هي المعقود عليه وبموته ينتقل رقبته انداء ومنعنها الى الوارث فيبطل
الاجارة لغوات المعقود عليه لان تبدل الملك كتبدل المماوك الا ترى انه لو باع الدار برضا
المستأجر بطلت الاجارة لان انتقال الملك فيها الى غيره وفي موت المستأجر لو بقي العقد بعد موته
انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث الا ترى ان المستعير لا يخلفه وارثه
هذا لان الورثة خلافة فلا يتصور ذلك الا فيما بقي وقتين ليكون ملك الوارث في الوقت
الاول ويخلف الوارث فيه في الوقت الثاني كالعين واذا تعد رايات الارث تعين البطلان
باعتد النكاح بخلاف ما اذا باشر العقد لغيره كالوصي والوكيل ومتولى الوقف لان العقد ينتقل
الى ذلك الغير شرعا فلا يكون المستحق غير العاقد فانعدم ما ذكرنا من المعنى فان قيل
لما كانت الاجارة يتجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة ينبغي ان يعمل
اجارة الوارث فيه لان العين الذي يحدث فيه المنفعة صار ملكه كما في تصرف الفضولي قلنا
انما لا يعمل اجازته لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فلا يتوقف على اجازته والفقه ما بينا
ان الوارث انما يقوم مقام المورث في املاكه لا في اقواله ولا في عقود التي عقد ها لنفسه
وعليه كما اذا وهب شيئا ومات قبل التسليم او وكل رجلا يبيع ماله فلم يبيع حتى مات الموكل فان
الوارث لا يقوم مقام المورث في هاتين المسئلتين لما قلنا انه لا يقوم مقامه في اقواله وهذا بخلاف النكاح
حيث لا يبطل نكاح امته بموت المولى لان ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبت للوارث
بذلك رتبة الامة حق ما هي حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح **قوله** ويصح شرط (١)

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

ولما انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها

الخيار في الاجارة وباعتبار اول المدة من وقت سقوط الخيار وقال الشافعي رح لا يصح لان جواز الاجارة عنده بطريق ان المنافع جعلت كالا عيان القائمة وانما يكون ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد واشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين يسقط الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار غير ممكن ايضا لان الخيار مشروط للفسخ فلا بد من ان يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من النسخ ولو كان للسو جر فلا يمكنه التسليم ايضا لان المستأجر اذا استأجر دار هذا الشهر مثلا فعلى المو جر ان يسلمها له قبل ان يملكها فلو لم يملكها قبل ان يسلمها فلا يمكنه التسليم على الكمال *

قوله وسواء كان العقد مطلقا او محظورا فان مطلق المعاملة ينصرف الى المعاوضات وفي بعض النسخ انه عقد مقابلة اي معاوضة لان فيها تقابل العوضين. واما النكاح فالمال فيه ليس بمقصود فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلته **قوله** لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف والسلم فان قبض البدل شرط في المجلس فلم يجز فيه شرط الخيار **قوله** بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه اي فوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بالخيار بخلاف البيع فان فوات بعض المعقود عليه في البيع يمنع الرد بخيار العيب والشرط لما ان التكليف انما شرع بحسب الواسع والطاقة ففي البيع رد المبيع كما هو ممكن فاشترط فيه عدم فوات بعض المعقود عليه للرد لامكانه ولم يشترط في الاجارة ذلك لعدم امكانه حتى لو اشترى شيئا ولم يعلم بانه معيب ثم حدث في يد المشتري عيب آخر لم يجز له الرد بالعيب لفوات بعض المعقود عا به بالعيب الحادث **قوله** فيشترط فيه دونه اي فيشترط رد الكل في عقد البيع لامكانه لا في عقد الاجارة لعدم امكانه (قوله)

كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة

ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم الموَجَر بعد مضي بعض المدة
قال ونفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رح لا تنفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده
 بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها
 فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذا المعنى يجمعهما وهو عجز
 العاقد عن المضي في موجهه الا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا
 وهو كمن استأجر حدا ليقطع ضرره لوجع به فسكن الوجع او استأجر طبيا ليطبخ له
 طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد *

قوله ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم الموَجَر بعد مضي بعض المدة كما اذا استأجر دارا سنة
 فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم او لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر
 ان يستمتع من القبض في باقى السنة عندنا لان الخيار لو ثبت انما ثبت لتفريق الصفقة في المعقود
 عليه والعقد كما وقع وقع متفرقا فانه ينقصد ساعة فساعة على ما بينا فصار الجزء الثاني
 من المنفعة مستحقا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في احد العقدين لا يؤثر في الآخر
 وعند الشافعي رح للمستأجر حق الفسخ فيما بقي لان المنافع عنده كالاعيان فاذا فات
 بعض ما يتناول العقد قبل القبض لا يجبر فيما بقي لان اتحاد الصفقة كما لو اشترى شيئين فهلك
 احدهما قبل القبض **قوله** ونفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رح لا يفسخ بعذر وبغير
 عذر الا بالعيب وعند مشري رح يفسخ بعذر وبغير عذر لانه عقد على المعدوم كالعارية
 والحوالة للحاجة ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم **قوله** اذا المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن
 المضي بموجهه الا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به فان جاوز هذا العقد للحاجة ولزومه
 لتوفر المنفعة على المتعاقدين فاذا زال الامر الى الضرر اخذنا فيه باصل القياس وقلنا
 العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التمليكات بمنع
 اللزوم في الحال كالوصية *

(قوله)

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

وكذا من استأجر دكانا في السوق ليتجرفه فذهب ماله وكذا من أجز دكانا أو دارا ثم افلس ولم يمه
ديون لا يقدر على قضائها الا بتمن ما أجور فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على
موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال
آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في التقص وهكذا ذكر
في الزبادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه
تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض
في المبيع على ما مر فيتقرب العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي
ومنهم من وفق فقال ان كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهرا لادين يحتاج
الى القضاء لظهور العذر ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بداله من السفر فهو عذر لانه لو مضى
عليه موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو طلب غريمه فحضر
بغيره المكارهي فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يعقد ويبيع الدواب على يد
تلميذه أو جيره وررض الموفر فكذا الجواب على رواية الاصل وذكر الكرخي
رح انه عذر لانه لا يعري من ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار

قوله انه فصل مجتهد فيه لان فيه خلاف الشافعي رح على ما ذكرنا فلا بد من
الزام القاضي قال شمس الائمة السرخسي رح وهو الاصح **قوله** ومنهم من وفق فقال
اذا كان العذر ظاهرا بان ماتت المرأة أو اختلعت فيما اذا استأجر طبيا خالط بنخ طعام الموليمة
أو مات الولد فيما اذا استأجر الختان ليختنه **قوله** وروى الكرخي رح انه عذر اي
مرض الموفر لانه لا يعري عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة وهو المرض دون الاختيار عذر
وهو ما اذا بداله من السفر وروى بشر عن ابي يوسف رح قال اذا امتنع رب الدابة من الخروج
فهذا لا يكون عذرا له وان مرض فهو عذر له لانه يقول غيري لا ينفق على دابتي ولا يقوم بتعاهدها
كقيامي واذا تعذر عليه الخروج للمرض بلحقه في ابقاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد (قوله)

(كتاب الاجارات باب فسخ الاجارة)

ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعدر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح والله امر زائد **قال** واذا استجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لعوات مقصودة وهو رأس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطه وان يعمل في اصرف فهو ليس بعدر لانه يمكنه ان يقعد الغلام الخياطه في ناحية وهو يعمل الصوف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجره كذا الخياطه فاراد ان يتركها ويستغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما هذا العامل شخصان فامكنهما ومن استأجر غلاما ليجد مدي المصرون ثم سافر فيه وعذر لانه لا يعري عن الزام ضرر زائد لان خدمته السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذا المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر والزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر *

قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعدر فان باعه مع هذا هل يجوز فيه اختلاف الفاظ الروايات قال شمس الائمة السرخسي رح في شرح اجارات الاصل والصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر ان يفسخ البيع واليه مال صدر الشهيد رح **قوله** وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه وقيل لا يحتاج الى التاويل فان الخياط الذي يعمل للناس قد يعجز عن ذلك بان يظهر خيانتة عند الناس يتحاشون عن معاملته وتسليم العمل اليه **قوله** وكذا اذا اطلق بان قال استأجرت منك هذا العبد للخدمة ولم يقل في الحضر او في السفر **قوله** بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر وفي الذخيرة ولو اراد رب العبد ان يسافر لا يكون ذلك عذرا له في فسخ الاجارة لانه يمكنه ايفاء المعقود عليه من غير ان يحبس نفسه في مكان معين بان يخرج الى السفر ويخلي بين المستأجر وبين العبد فعلم ان ذكر العقار ليس بقيد والله اعلم * (مسائل)

مسائل منشورة

قال ومن استاجر ارضا واستعارها فاحرق الحصاد فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه *
قال واذا اعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز

مسائل منشورة

قوله فاحرق الحصاد حصد الزرع جزء حصد او حصاد من باب طلب وضرب والحصاد جمع حصيد وحصيدته وهما الزرع المحصود واريد بها هنا ما بقي في الارض من اصول القصب المحصود **قوله** لانه غير متعد في هذا التسبب والضمان بطريق التسبب يعتد التعدي في حفر بئر في داره فوقع فيها انسان فهلك لا يضمن الحافر لانه غير متعد ولو رعى ما في ملكه فاصاب نفسه او مالا فهلك يضمن لانه بما شرف لم يتوقف على التعدي وهذا لان المباشرة علة فلا يطل حكمها بعذر فاما السبب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليلحق بالعلة واحراق الحصاد ههنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلف اليه قال شمس الاثمة السرخسي رح هذا اذا كانت الرياح هادئة حين او قد النار ثم تغيرت لانه لا يصنع له في تغير الرياح فاما اذا كانت الرياح مضطربة فينبغي ان يضمن لان موقد النار في اليوم الريح يعلم ان النار لا تستقر في ارضه ولكن الريح تذهب بها الى ارض الجيران فصار كانه القى في ارضهم **قوله** واذا اعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل صورة المسئلة اذا كان المتصار او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجهة ولكنه غير حاذق فيقعده في دكانه رجلا حاذقا يقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصابا من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لان رأس (مال) تصا

(كتاب الاجارات مسائل منشورة)

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا ابوجهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل **قال** ومن استاجر جملاً يحمل عليه محملاً وراكبين الى مكة جازوله المحمل المعتاد وفي التماس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفتي ذلك الى المازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يبرقع بالنصرف الى المتعارف فلا تقضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر * **قال** وان شاهد الجمال المحمل فهو جود لانه انقضى للجهالة واقرب الى تحقيق الرضاء * **قال** وان استاجر بعير المحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جازان بـ رد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملاً مسمى في جميع الطريق فلان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكمل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كـرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق *

مال صاحب الدكان المصلحة والمبايع لا يصير رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيرة بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول ايضا وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل وفي العمل بابدانها سواء فيصير رأس مال احد هما التقبل ورأس مال الآخر العمل ولذلك واحد منهما يجب به الاجر كذا في النهاية *

قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا ابوجهته تقبل وكان الآخر يشاركه على ان يتقبل الاعمال فقبل احدهما وعمل الآخر فيكون الاجر بينهما كما لو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الآخر يكون الاجر بينهما وكذا اذا شارك على ان يشترى ابوجهما ثم اشترى احدهما يشاركه الآخر فيه وهذا اقرب الى شركة التقبل من شركة الوجوه الا انه انما قال هذه شركة الوجوه في الحقيقة لما ان قبول الاستاذ العمل ابوجهته **قوله** للجهالة اي لجهالة قدر المحمل من الطول والعرض والثقيل والوطاء والفرش والدثر جمع دثار وهو كل ما القيته عليك من كساء وغيره **قوله** ورد الزاد معتاد عند البعض هذا جواب اشكال وهو (ان)

کتاب المکاتب

كتاب المكاتب

الكتابة التحريريد الى الحال ورقبة عند اداء المال وهذا التركيب يدل على الجمع ومنه كتب الكتاب لانه جمع الحروف وضم بعضها الى بعض وكتب الشداء حررة والكتيبة الطائفة من الجيش فسمي هذا العقد الذي جرى بين المولى وعبد ككتابة لانه لا يخلو عن كتبة الوثيقة عادة وركنها الايجاب والقبول وحكمها صيرورة العبد اخص بنفسه ومنافع نفسه من سيده حتى لا يبقى له عليه ولا على اكسابه سبيل وشرط جوازها قيام الرق في المحل **قوله** وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء خص الفقهاء لان عند اصحاب الظواهر كداود الاصفهاني ومن تابعه هذا امر ايجاب اذا طلب العبد من مولاه ان يكاتبه وقد علم المولى فيه خير اوجب عليه ان يكاتبه لان الامر يفيد الوجوب **قوله** وانما هو امر ندب هو الصحيح وقال بعض (مشائخنا)

(كتاب المكاتب)

وفيه اختلاف الصحابة رضه وما اخترناه قول زيد رضه ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع **قال** ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق

مشايخنا الامر قد يكون ايمان الاباحه والنجواز لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا فمذكور علي وفاق العادة لان المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيرا ولكن هذا ضعيف لان فيه الغاء الشرط اذا اباحه ثابت بدون هذا الشرط *

قوله وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم قال زيد ابن ثابت رضي الله عنه مثل قوله وقال علي رضي الله عنه يعتق بتدريما ادى وقال ابن مسعود رضي الله عنه اذا ادى قدر قيمته يعتق وفيما زاد علي ذاك يكون المولى غريبا من غرما ثم قال ابن عباس رضي الله عنهما يعتق بنفس العقد ويكون المولى غريبا من غرما ثم قال زيد رضي الله عنه لقوله عليه السلام ايمان عبد كوتب على مائة دينار فادها الا عشرة دنانير فهو عبد **قوله** لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به وعند الشافعي رح لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا ان ادبته الي فانت حر واصل الاختلاف راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا جمع حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال اوجبت لك حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء ولو نص لكان يعتق عند الاداء كذا هذا وعلي مذهبنا تفسيرها ضم نجم الى نجم لاضم حرية اليد الى حرية الرقبة ولا يعتق بان قال ضربت عليك الفاعلي ان تؤديها الى كل شهر كذا هذا في المبسوط **قوله** ولا يجب حط شيء من البدل وقال الشافعي رح يجب حط ربع البدل لقوله تعالى واتوهم من مال الله الذي اناكم وعن علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام انه قرأ هذه الآية وقال هو ربع الكتابة ولنا انها عندنا مائة ولا يجب الحط في سائر المعاوضات كذا فيها وهذا لان الكتابة سبب لوجوب مال الكتابة على العبد فلا يكون سببا بعينه (لا سحقاق)

(كتاب المكاتب)

بخلاف السلم على أصله لأنه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عاينها فتثبت به ولما ظهر ما قلونا من غير شرط التجيم ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهلها المولى ظاهرا بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كبا امتنع من الاداء يرد الى الرق *

لاستحقاق الحط الذي يضاد الوجوب كالبيع والامر للنذب كالامر بالكتابة وعن الكلبي المراد بالاياء دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وهو الظاهر لان الاياء بدل على التملك وذافي التصديق عليهم لان الحط لا يكون تبليكا *

قوله بخلاف السلم على أصله فان أصل الشافعي رح ان السلم الحال يجوز **قوله** ولما ظهر في الزنا يعني بهاد تعالى فكاتبوهم الآية فمن شرط التأجيل فقد زاد على النص والزيادة على النص فسخ من رسله والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع ولهذا يجوز الاستبدال به قبل التبض وهذا آية الثمنية ولا يقال العجز عن الاداء يوجب الفسخ وهذا آية المبيعة لا نعاملنا بالشبهين وقلنا بالفسخ عند العجز لكونه مبيعا وعدم اشتراط القدرة عليه ضد العقد لكونه ثما بخلاف المسلم فيه فانه مبيع من كل وجه حتى لا يجوز استبداله والقدرة على تسليم المبيع شرط لجواز البيع فلا بد من الاجل الممكن له من التسليم **قوله** ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لانها عقد كريم اذا العبد وما في يده لمولاه فيكون الظاهر انه لا يضيق عليه ولا يطالبه بالاداء ما لم يعلم قدرته عليه الا انه لم يذكر الاجل ليكون متفضلا في تأخير المطالبة في الانتهاء كما كان منعما عليه في أصل العقد في الابتداء بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة فلا يمهلها اذا عجز فيجوز مؤجلا لا حالا **قوله** وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق اي في الكتابة الحالة يرد الى الرق كما عجز لان شرط الفسخ عجز المكاتب عن اداء البدل وقد وجد *

(قوله)

قال وتجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذا عاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رحمه الله الفئانية وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادعى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع **قال** ومن قال لعبده جعلت عليك الفاتور بها الي نجومها اول النجم كذا واخرة كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اني بتفسير المكاتبة ولو قال اذا اديت الي الفاكل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبا اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة **قال** واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من بد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فالتحقيق معنى الكتابة وهو الضم

قوله واذا كان يعقل الشراء والبيع يعني يعقل ان الشراء جالب والبيع سالب **قوله** جعلت عليك الفاتور قوله فاذا اديتها فانت حر قوله اذا اديتها فانت حر لا بد منه لان قوله جعلت عليك يحتل الكتاب ويحتل الضريبة لان المولى يستبد بضربة عبده فلا يتعين جهة انكتابة الا بقوله اذا اديتها فانت حر بخلاف قوله كاتبك لعدم الاحتمال وقوله ان عجزت فانت رقيق لا يحتاج اليه ههنا وفي الكتاب ايضا وانما ذكره هنا للعبد على الاداء عند النجوم **قوله** فان هذه مكاتبة حتى لا يجوز بيعه ويجوز فسخها بالتراضي ولو ادعى بعض البدل لم يبق محلا للتكفير بخلاف المعلق عتقه باداء المال فان هذه الاحكام تنعكس في حقه **قوله** لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة لان التنجيم للتخفيف والتيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا بالكتابة فعرفنا ان المولى قصد ايجاب البدل بهذا التنجيم وفي نسخ ابي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام في المبسوط وهو الاصح بدليل انه لو قال اذا اديت الي الفافي هذا الشهر فانت حر لا يكون كتابة كذا ههنا والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسير الكتابة لانه قد يكون في سائر الديون وقد بخلوا الكتابة عنه وذكر لفظ يختص به الكتابة لم يوجد ههنا فلا كتابة * (قوله)

(كتاب المكاتب)

فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روي انه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتجزا العتق ويتحقق بناخرا لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق باعتاقه لانه مالك لرقبته ويسقط منه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا لحصول العتق به وقد حصل دونه * **قال** واذا وطى المولى مكاتبه لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالها غرم لان المولى كالا جنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتفق المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله اعلم بالصواب *

قوله فيضم مال يبيده الى مالكية نفسه اي يضم مالكية يده في الحال الى مالكية نفسه في المال لانه ملك نفسه من وجه ولهذا لو وطئها المولى يجب العقر ولذلك يجب الارش لو جنى عليها ولا يكون ذلك الا بان يكون مالكا لاجزائه من وجه وحقيقة مالكية النفس عند اداء جميع البدل **قوله** فلما روي انه عقد له عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه ذرهم **قوله** وثبت له حق في الذمة من وجه اصل البدل يجب للمولى في ذمته لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان قبوله في ذمته مع المنافاة للمولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا يصح الكفالة به فيثبت للعبد بمقابلة مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم الملك للمولى بالقبض يتم المالكية للعبد ايضا وتام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق ضرورة تمام المالكية **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود *

(فصل)

فصل في الكتابة الفاسدة

قال واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدر او جنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة فان ادى الخمر عنق وقال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البديل هو القيمة وعن ابي يوسف رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البديل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على مائة اردم *

فصل في الكتابة الفاسدة

قوله ليس بمال في حقه اي ليس بمال متقوم **قوله** ولان القيمة مجهولة قدر او وصفا و جنسا اما جنسا فلانها موزنة يكون من الدراهم وطورا من الدنانير واما قدرها فانها تختلف مقدارها باختلاف المتوهمين واما وصفها فانها يكون جيدا ووسطا ورديا **قوله** وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة يعني ان الكتابة على القيمة بمنزلة الكتابة على ثوب او دابة وانه لا يجوز لان الثوب او الدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دين في الذمة كما في النكاح **قوله** ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة فان قيل لو كاتبه على عبد وسطا وعبد مطلق يجوز وان كانت القيمة يجب بهذه التسمية حتى لو اتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول قلنا القيمة فيما نحن لصدده يجب قصد الاحكام كما كان التصريح بالقيمة ويجب ثمة حكما لا تصد الا انه تصريح بالعبد وقد يثبت الشيء حكما وضمنا لغيره وان كانت لا يثبت قصد اكبيع الاجنبية ونحوها **قوله** وان ادى الخمر عنق وفي المبسوط وان اذاه (قبل)

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميئة ان الخمر والخنزير مال في الجملة
فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط واما الميئة فليست بمال
اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق
باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق
فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع **قال** ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه
لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان
المولى ما رضي بالتقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطأ حقه في العتق اذ لا تجب قيمته بالغة
ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو المبدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه

قبل ان يترافعا الى القاضي وقد كان قال لانه انت جرا اذا اديتها ولم يقل فانه يعتق ويسعى
في قيمته فاسد فيلزمه رد رقبته لاجل الفساد وقد تعذر رده لتقرر العتق فيه فيلزم
قيمته كما مر في اذا اعتق المبيع قبل التبض وقال ز فررح لا يعتق الا باداء قيمة
نفسه لان البدل هو القيمة اي في الكتابة الفاسدة كما في بيع الفاسد وفي نسخ الهداية لا يعتق
الا باداء قيمة الخمر وانه مشكل جدا مخالف لعامة روايات الكتب فان فيها لا يعتق
الا باداء قيمة نفسه ولو قيل بان المراد قيمة العبد اضيفت الى الخمر بادئ ملائمة
وهو وجوبها عند ذكر الخمر في البدل لكان وجهها متكلفا *

قوله ولا فصل في ظاهر الرواية اي يعتق باداء الخمر صرح بذكر الشرط ولم يصرح **قوله**
والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطأ حقه في العتق اصلا اي الظاهر من حال العبد انه يرضى
بالزيادة على المسمى لينال شرف الحرية اولان العبد لما اقدم على الكتابة الفاسدة
والواجب فيها القيمة فقد رضي باداء قيمته وان زادت القيمة على المسمى **قوله** وفيما
اذا كاتبه على قيمته اذا ادى القيمة يعتق لانها البدل وانما يثبت اداء القيمة بتصادقهما
او باداء اقصى ما يقع به تقويم المقومين *

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

وانثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لا خلافاً اجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته **قال** وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء بتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تنعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة ر ح رواه الحسن رضي الله عنه انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق فان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع

قوله وانثر الجهالة في الفساد يعني لافي ابطال العقود هذا جواب اشكال وهو ان يقال ان القيمة مجهولة كجهالة الثوب فينبغي ان تؤثر تلك الجهالة في فساد العقد على وجه لا يعتق باداء القيمة كما لا يعتق بداء الثوب فاجاب بان جهالة القيمة مستدركة تحذر منه باداء اكثر ما يقع به تقويم المتقربين ولا توقف على اداء المشروط وفي الثوب فاسم الثوب كما يتناول مادي يتناول غيره ومعلوم ان مراده ليس بمطلق الثوب لانه لا يزيال ملكه عن العبد لاي ثوب كان فكان المراد معيناً ولا يدري ان المؤدى هل هو ذلك المعين ام لا فلا يثبت الاداء فان قيل ينبغي ان يعتق باداء ثوب اعتباراً لجهة التعليق اذ الكتابة تضمنت المعاوضة والتعليق فاذا بطل معنى المعاوضة لجهالة الثوب بقي معنى التعليق فيعتق كما اذا قال ان اديت الي ثوباً فاني ثوب ادى عتق كذلك ههنا قلنا التعليق في ضمن المعاوضة فاذا بطلت جهة المعاوضة بطلت تلك الجهة ايضا لان المتضمن يبطل بطلان المتضمن **قوله** لانه لا يقدر على تسليمه لان ملك الغير غير مقدور التسليم **قوله** فاشبه الصداق الجامع كون كل واحد منهما عوض ماليس بمال ولو تزوج على عبد لغيره جاز حتى وجبت قيمته عند العجز عن التسليم فكذا ههنا **قوله** اذا كان العقد يتحمل الفسخ تحرزه عن النكاح *

(قوله)

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه
اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد ر ح انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة
اولى وعن ابي حنيفة ر ح انه لا يجوز اعتبار ابحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع
بينهما انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت الحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما
اذا كان البدل عينا معيناً والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف ر ح انه يجوز اجاز ذلك
اولم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح
والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة ر ح
رواه ابو يوسف ر ح انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقذ العقد الا اذا قال ان اذ اديت
الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف ر ح وعنه انه يعتق قال ذلك
ولم يقل لان العقد ينقذ مع الفساد لكون المسمى مالا لا يعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين
في بيت الفاسد في بيت الفاسد وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد
ذكرنا وجه الروايتين في المتن المنتهي **قال** وان كاتبه على مائة دينار على ان يرز المولى عليه

عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد ر ح وقال ابو يوسف ر ح هي جائزة
قوله بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط اي شرط صحة
التسمية في النكاح ان يكون المسمى مالا متقوما لا ان يكون مقدورا والتسليم اذ القدرة على تسليم ما هو
المقصود بالنكاح وهو البضع ليست بشرط الصحة العقد حتى لو تزوج بنت سنة يجوز وان كانت القدرة
معدومة ففيما ليس بمقصود وهو المهر **اولى قوله** وان كاتبه على عين في يد المكاتب اي على عين
هو من كسبه بان كان مازنا في التجارة ففيه روايتان وقد عرفت ذلك في الاصل اي في المبسوط
ذكر فيه عبدا مازونا في التجارة وفي يده عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين
ففيه روايتان اما اذا كان في يده دراهم او دينار حصلت من كسبه يصح على اتفاق الروايات
وجه الجواز ان هذه كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم وجه الفساد ان الكتابة شرعت على
وجه يختص بمكاسبه فيثبت حرية اليد في الحال ويترأخى حرية الرقبة الى وقت الاداء (فلو)

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

ويتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتب ما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال المعتود عليه ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته واثمته لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى **قال** واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف والجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البديل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي ربح لا يجوز وهو القياس فلوجازت الكتابة هنا كان الاداء من مال المولى لان اكسابه وقت العقد مال المولى فكانت الكتابة على مال منقول للمولى الاعلى كسب يوجد بعد الكتابة فلا يفيد ملك المكاسب على انه ثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة الاعلى وجه التعاقب فيكون امانا بايدل ولا يكون كتابة *

قوله ويتقسم المائة دينار الى آخره حتى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب اداء الخمسين ويستط خمسون في مقابلة العبد وانما يقسم على قيمتهما الجواز ان يكون قيمته العبد الوسط مستغرة كل البديل وعلى هذا لا يحصل للمولى شيء وانه ماضى بذلك **قوله** وهو الاصل في ابدال العقود يعني الاصل ان كل ما يصلح ان يكون بدلا في عقد يصح استثناء منه **قوله** ولهما ان العبد لا يستثنى من الدنانير لان الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء من الجنس ولا يجوز استثناء القيمة لانها لا يصلح بدلا لاشتمالها على نوع جهالة لا اختلاف المقومين فيها فاذا استثنى قيمته من المائة بقي الباقي من البديل مجهولا والحاصل ان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير بازاء العبد الذي يربيه المولى فهو بيع وما كان منها بازاء رقة المكاتب فهو كتابة والبيع قد بطل لجهالة الثمن والمعتود عليه فلوجازت الكتابة لجازت بما يختص الرقة من المائة والكتابة بالحصصة كتابة بالقيمة فيكون فاسدة **قوله** واذا كاتبه على حيوان (غير)

(كتاب المكاتب فصل في الكتابة الفاسدة)

لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال الحسن على وجه يستط الملك فيه فاشبه النكاح والجماع انه يبتنى على المساومة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة **قال** واذا كاتب البصري عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدار معلوم والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخلف في حقنا وبهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذا الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البديل فيجب عليه قيمتها وهذا بخلاف ما اذا تابع الذميان خمر انما اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا *

ولا يبين النوع اي ... كتابه جائزة ومعناه ان يبين الجنس مثل ان يكتبه على عبد او وصيف ولا يبين النوع اي ... تركي او هندي والصفة اي لم يقل انه ابيض واسود *

قوله لانه معاوضة فاشبه البيع والجماع انه لا يصح الا بتسمية البديل فكأن معاوضة كالبيع الا ترى انه يقال ويقسم **قوله** ولنا انه معاوضة مال بغير مال اي ابتداء لان البديل في الابتداء مقابل بفك العجز وهو ليس بمال **قوله** او بمال اي في الانتهاء لانه في الانتهاء يقابل الرقبة ولكن على وجه يستط الملك فيه اذا لعبد لا يملك مالية نفسه فاشبه النكاح **قوله** والجماع انه يبتنى على المساومة اي الجماع بين عقد الكتابة والنكاح **قوله** لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة اي قيمة المسمى فانه اذا كاتبه على وصيف كان ذلك كتابته على قيمة الوصيف في الحقيقة حتى اذا جاء بقيمة يجبر على القبول فمنى جاز ان ينعقد الكتابة على قيمة الشيء ابتداء جاز ان يبقى على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة اصلا فلا يمكن ابقاء عليها *

(قوله)

(كتاب المكاتب باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

قال وإذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداهها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم *

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبداه تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البذل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة بما لا يتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة وبذلك البيع بالمحابة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى *

قال بان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استخسا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد ونبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثل ذلك ففسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحق اها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البذل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه

قوله وإذا قبضها اي قبض قيمته الخمر عتق وان ادى الخمر عتق ايضا النقص من الكتابة تعاقب العتق باداء البذل المذكور وصار كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر فادى الخمر فانه يعتق كذا ذكره بعض المشائخ في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتدريسي لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم يبق الخمر بدل هذا العقد اذا انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاءه صحيحا والخمر بدل فيه بقاءه صحيحا ليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق باذنه ثم العقد ان وقع فاسدا بسبب الخمر وبقي فاسدا لذلك فبطل الخمر بدلا وان ثبتت بدلا يعتق باذنها **قوله** ولو اداه اي العبد المسلم الخمر **قوله** وقد بيناه من قبل اي في اول هذا الفصل وهو قول فان ادى الخمر عتق وقول زهر رح لا يعتق *

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها يحتمل الفسخ في الابتداء وتشبه النكاح من حيث انها لا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالاداء فيوفر حظهما عليها فاشبهها بالبيع يبطل (بالشرط)

(كتاب المكاتب باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة **قال** ولا يتزوج الاباذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المتصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشئ اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ايملاكه الا ان الشئ اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما عدو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لامة تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنو عيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يترغى لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب علمي عوض ثم يصح لانه تبرع ابتداء الشرط الفاسد اذا تمكن في صليها كما لو شرطه خدمة مجهولة بان كاتبه على كذا على عشر سنين اليدل واشبهها بالفتح لا يبطل بالشرط الفاسد اذا لم يتمكن في صليها بان كاتبه على احد عشر سنين * ادوالدياس *

قوله هذا هو الاصل اي العمل بالشبهين هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك وفك الحجر واطلاق اليد بمنزلة الاعتاق وهذا الشرط يخص العبد وهو ان لا يخرج من الكوفة فاعتبر اي عقد الكتابة اعناقا في حق هذا الشرط لا معاوضة والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة كما لو اعتق عبد اعلى انه ماسد فان الشرط باطل والاعتاق صحيح **قوله** ضرورة التوصل الى المتصود وهو نيل الحرية والتزوج ليس وسيلة اليد لان انكسار الحجر عنه في عقود الاكتساب والتزوج ليس من اكتساب المال فيه بل التزام المهر والسفقة ولا يتصدق الا بالشئ اليسير ومادون الدرهم قليل ينوسع الناس فيه **قوله** ليجمع عليه المجاهزون والمجاهزون عند العامة الغني من التجار وكأنه اريد به المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فخرف الى المجاهز **قوله** ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا اي الكفالة باذن المكفول عنه وبغير امره لان كل ذلك تبرع (اما)

(كتاب المكاتب باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

ان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يملك به المهر فدخل تحت العقد *
قال وكذلك ان كاتب عبده والتباس ان لايجوز وهو قول زفر والشافعي لان ماله العنق والمكاتب
ليس من اهله كالاتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتنظيم الامه وكالبيع

اما اذا كان بغير امره فظاهر انه تبرع محض ولا يكون له الرجوع بما ادى فصار كالهبة
وان كان بامر فذلك ايضا لان الكفيل متى ادى بصير مقرر صا بما ادى الى المكفول
عنه والاقرض تبرع لانه اعارة حكما بدليل ان قبض البدل ليس بشرط في المجلس ولو كان
معاوضة فيشترط قبضه في المجلس لكونه صرفا وكذلك الكفالة بالنفس ايضا لا يصح لانه تبرع
محض من غير عوض يحصل له ولا يقال انه التزام مدلا في ذمته وهو التسليم وتسليم النفس
مدلا بتعلق به المال فكان متصفا فيما هو خالص حقه فيجوز لانا نقول ان الكفالة متى صحت
قد يتعدى الى المال لانه ربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك ومتى حبس عجز
عن الكسب فيتصل ضرره هذا للالتزام بكسبه فكان بمنزلة الكفالة بالمال فلا يجوز سواء كان باذن
المولى او بغير اذنه لانه ملك المولى لافي منافع ومكاسبه فوجود اذنه فيها هو تبرع كعدمه *

قوله فان زوج امته جاز لانه اكتساب المال ولا يلزم عجز المكاتبه عن تزويج نفسها لان حق
المولى في رقيتها باق وان هذا يملك اعتاقها دون اعتاق امته فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد
لها بتزويج نفسها ولان فيه تعيب رقيتها فان النكاح عيب فربما يعجز ويبقى هذا العيب في
ملك المولى توضيحه ان النكاح غير مشروع في الاصل لا اكتساب الاموال بل للخصن
واللعنة وانفكاك الحجر يثبت للمكاتب في عقود اكتساب المال فاذا كان مقصودا من تزويج
نفسها شيئا آخر سوى المال لم يكن هذا العقد مما يتناول الفكاك الثابت بالكتابة بخلاف تزويج
الامه فان قيل هذا موجود في ابنته ومع ذلك لا يملك تزويجها قلنا نعم ولكن ابنته مملوكة للمولى
وامته ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون امته ولو عجزت وقد حاضت
ابنته حيضة لا يجب على المولى فيها استبراء جديد ويلزم ذلك في امته ومكاتبته * (قوله)

(كتاب المكاتب باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز)

وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له **قال** فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فلو اؤده للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته اليه مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا **قال** فلو ادى الاول بعد ذلك وعقق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فلو اؤده له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من ثوابه اما الاول فلانه استأط الملك من رقبته وان ثبت الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بنسب من غير وكد الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له لان العبد لا يملك الا ما يملكه المولى لانه لا يملك الا ما اكتسب لاستغادته المهر على ما مر *

قوله وقد يكون هو اسبغ نبيع لانه لا يستوجب الثمن في ذمة المشتري ما لم يزل العبد عن ملكه وههنا لا يزول العبد عن ملكه ما لم يتملك البدل بالتبض فلما ملك البيع فالكتابة الاولى ولهذا يملك الاب والوصي كتابة عبد الصغير **قوله** ثم لا يثبت للعبد الا ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال فانه فوق ما هو ثابت له لان الثابت للمكاتب ثبوت حق الحرية والمعتق على مال حقيقتها **قوله** لان له فيه نوع ملك وهذا لان لكل واحد منهما حق ملك في كسب المكاتب الثاني لان كتابة الاول كانت باذن المولى فيكون ما للثاني من حق الكسب منقولا الى المولى فصار كانه مكاتبه من وجه فيكون للمكاتب الاول فيه حق ايضا لانه كسبه فكان هو المباشر لهذا العقد وحقه ارجح من حق المولى لان حقه حق ملك وتصرف والمولى حق ملك لا غير فاذا كان الاول من اهل ان يثبت له الولاء فهو اولى من المولى وان كان الاول مكاتباً على حاله ولم يكن من اهل الولاء فيخلفه مولاه كالعبد المأذون اذا اشترى شيئا يملكه مولاه بهذا الطريق **قوله** وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة ولهذا اذا وصى لموالي فلان (و)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظر اله ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية *

قال واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رحم له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمعارض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله اعلم *

فصل

قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الامكان

وليس له معتق في الاحياء وله معتق المعتق يستحق هذه الوصية هو ولا يكون الاضافه الا الى المولى *

قوله هو قاسه على المكاتب فان له ان يزوج امته فكذا هؤلاء **قوله** واعتبر بالاجارة فان لهم والية الاجارة فكذا ولاية تزويج الامة اذ كل واحد منهما تملك المنفعة بيد **قوله** ولهما ان لهم التجارة وليس هذا بتجارة لانه ليس بمبادلة المال بالمال اذ البضع ليس بمال حقيقة فصارت شبيهاً بالكتابة ولا يملك هؤلاء الكتابة فكذا هذا اما المكاتب فيملك الاكتساب وهذا اكتساب وهذا بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت المحبوان في الذمة بدلا عن المنافع فكانت تجارة *

فصل

قوله واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته حتى يمنع عن بيعه وانما قيد بقوله دخل في كتابته ولم يقل صار مكاتباً لانه لو كان مكاتباً اصالة لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي بل يعجز الداخل بعجز الاصلي حتى اذا عجز المكاتب بيع الاب لما ان كتابة الداخل بطريق التبعية لا بطريق الاصالة *

(قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

الاتري ان الحر متى كان يملك الاعناق يعتق عليه وان اشترى ذارحم محرم منه
لاولاده لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقال يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب
الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير
ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد
ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني
الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولي لان العتق اسرع
نفوذا من الكتابة حتى ان احدا الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه *
قال وانا اشترى ام ولد دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها

قوله الاتري ان الحر متى كان يملك الاعناق يعتق عليه اي اذا اشترى اباه او ابنه
او ابنته او ام ولد له او غيرها من الاعناق يعتق عليه وان اشترى ذارحم محرم منه
نكاح امرأته اذا اشترى المكاتب لا يملك له في الحقيقة لكن يقدر على الاكتساب والتدرة عليه
بوجب النفقة في قرابة الولاد ... يجب نفقة الوالدين والولد على القادر على الكسب وان
لم يكن موسرا ولا يجب نفقة الاخ الا على الموسر **قوله** ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام
وقرابة الولاد يعني قرابة الاخ وامثالها منوطة بين قرابة بني الاعمام وهي بعيدة لانها
بواسطة العم وهو بواسطة الجد وبين قرابة الولاد هي قرابة قريبة لانها بغير واسطة وهذه القرابة بواسطة الاب
او الجدا ونحو ذلك فاشبهت بني الاعمام في حق الزكوة وحل الحليلة وقبول الشهادة وجريان
القصاص واشبهت الولاد في حق حرمة المناكحة واقتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما نكاحا
فالحقناها بالولاد في العتق وبين بني الاعمام في الكتابة توفيراً على الشبهين حظها **قوله** وهذا
اولي اي من العمل على عكسه لان العتق اسرع نفوذا اي لو احقناها بالولاد في حق
الكتابة لغيينا الشبه الآخر لانه يلزم الحاقها بالولادة في حق العتق لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة
قوله ولم يجز بيعها ولم يدخل في كتابته حتى لا يعتق بعته نص عليه في المبسوط * (قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع بيعها فلانها تتبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعنتها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رحم لانها ام ولد خلا لابي حنيفة رحمه وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امه له دخل في كتابته لما ينفى في المشتري فكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتب ولد لان حق امتناع البيع ثابت فيها موكداً فيسري الى الولد كالنديم والاستيلاء *

قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبتهما فولدت منه ولد ادخل في كتابتها وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما ولا صح ما في المتن وكان كسبه لهما لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية *

قوله اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا اشارة الى قوله تحقيقاً للصلة بقدر الا مكان

قوله لان كسب المكاتب موقوف اي كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدي فيتقرر له وبين ان يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو امومية الولد اذا لم يتعلق لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ او كان الاستيلاء محتملاً للفسخ فيفسخ بانفساخ الكتابة فمح يلزم ان يجعل الشيء الذي لا يقبل الفسخ من جملة الشيء الذي يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز لان الذي لا يقبل الفسخ اقوى فلا يكون تبعاً لما هو دونه الا انه يثبت امتناع بيعها اذا كان معها ولد تابعاً لثبوته في الولد بناء عليه وما يثبت تبعاً يثبت بشرط المتبوع ولو ثبت بدون الولد ثبت ابتداء والقياس ينفيه **قوله** مؤكداً احتراز عن ولد الآبقة حيث لا يجوز بيعها ويجوز بيع ولدها لما ان الامتناع في الآبقة غير مؤكداً فلا يسري الى الولد **قوله** دخل في كتابتها وفي بعض النسخ في كتابتها ومعناه اذا كاتبهما كتاباً واحدة يدخل الولد في كتابتهما لكن باعتبار تبعية الام حتى يكون كسبه لهما كما اذا كانت الكتابة متفرقة والصحيح هو الاول * (قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يملكوه 'لا يجوز ... فصل)

قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فوادت منه ثم استحققت فاولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك العبد ياذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لئلا حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل فلا يلحق به *

قال وان وطئ المكاتب امته على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخل تحت الكتابة

قوله زعمت انها حرة الغرور انما يثبت بقول الامة انها حرة وكذا اذا تزوجها منه حر على انها حرة او تزوجها منه عبد ارمد بر او مكاتب على انها حرة ويرجع المغرور بما ضمن من قبضة الولد على الامة بعد عتقها ويرجع (المستحق) على الحر وعلى المدبر والعبد والمكاتب اذا اعتقوا وما اذا اراد ان يتزوج امرأة فاخبره رجل انها حرة ولم يزوجها اباه وتزوجها الرجل على انها حرة فاذا هي امه وقد وادت ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور ولا يرجع الزوج على المخبر بشيء لانه ما التزم شيئا انما اخبره بخبر كان كذبا وذلك لا يثبت له حق الرجوع كما لو اخبره ان الطريق آمن فسلك فاخذ الصوص ولكن يرجع بقيمة الولد على الامة اذا اعتقت لانها غرتة حين زوجت نفسها منه على انها حرة واذا تزوجها وهو لا يعلم انها امه او تزوجها وهو يحسب انها حرة ولم يغره فيها احد فالاولاد رقيق لان هذا ظن منه والظن لا يغني عن الحق شيئا **قوله** ولا ياخذهم بالقيمة اي لا يأخذ المكاتب الاولاد بالقيمة اي لا تكون الاولاد احرار بالقيمة **قوله** لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة اي فيما اذا كان المغرور حر او اخذ بقيمة الولد في الحال وعلى قول محمد رح ههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق اي (فيما)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد ومالم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينظمه الكتابة كالكفالة *
قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فرداها اخذ بالعقر في المكاتبه وكذلك العبد المأذون لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى *

فصل

قال واذا ولدت المكاتبه من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانها تلقنتها جهتا حرية عاجلة يسدل و آجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في وادها

فيما اذا كان المغرور مكاتباً او عبداً او مدبراً اذا كان التزوج بغير اذن المولى اما اذا كان التزوج من هؤلاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال لان كل دين وجب على المملوك يسبب مأذون فيه من جهة المولى يؤخذ به في الحال وكل دين وجب بسبب غير مأذون فيه من جهة المولى فانما يؤخذ به بعد العتق *

قوله وهذا العقر من توابعها توابع التجارة داخله تحت الكتابة وان كانت تبرعاً حقيقة كالضيافة اليسيرة والهبة اليسيرة وهذا العقر من توابع التجارة ويستند الى التجارة لانه لولا الشراء لوجب الحد نصراً لمحقا بين التجارة وان كان مقابلاً بغير مال ولم يظهر في الفصل الثاني لان وجوب العقر باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة والاكتساب فلا ينظمه الكتابة فتأخر الى عتقه كدين الكفالة والله اعلم *

فصل

قوله يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها قصداً اذا لم يكن منه فلان يملك تحرير ولدها ضمناً للدعوة الاولى * (قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العتق من مولاه لا اختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبها وما بقي ميراث لا ينهار على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي الحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد لانه مكاتب تبعاتها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فينبعها **قال** واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استعادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولاتنا في بينهما لانه تلقنها ختها حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لا متناع ابقائها بغير فائدة

قوله وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة وهذا لانه لما كفى للمكاتب ملك ادنى منه في مكاتبته بدليل عدم جواز اعاقه لصحة الاستيلاد حتى يثبت منه النسب عند الدعوة فلان يكفي للمولى ماله من الملك وهو اقوى بدليل جواز اعاقه لصحة الاستيلاد ولبي **قوله** لما قدمنا اشارة الى قوله قبيل فصل المكاتب الفاسدة واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها **قوله** ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي الحرمة وطئها عليه وهذا بخلاف ام الولد اذ ولدت ولدا حيث يلزم المولى لانها ام ولد يحل للمولى وطئها وهذه ام ولد لا يحل للمولى وطئها فلذلك لا يلزم المولى الا ان يدعي حتى اذا عجزت نفسها ولم تلد ولدا فانه يلزم المولى بدون الدعوة لانها صارت ام ولد يحل وطئها فيحكم بشبوت النسب من المولى كسائر اولاد ام الولد **قوله** جهتها حرية اي عاجلة ببدل الكتابة واجلة بغير بدل *

(قوله)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وء الا يجوز ... فصل)

غير انها تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انتسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ نظرهما والنظر فيها ذكرنا ولو ادت المكاتبه قبل موت المولى عتقت بالكتابة لا بها باقية **قال** وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تبا في اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غير هاهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ر ج وقال ابو يوسف ر ح تسعى في الاقل منهما وقال محمد ر ح تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة ر ح في المقدار ومع محمد ر ح في نفي الخيار اما الخيار ففرع تجزى الاعناق عند ولما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا حرية ببديلين معجل بالتدبير وموكل بالكتابة فتخير وعندهما ما عتق كلها بعثت بعضها فهي حرة ووجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخير واما المقدار فمحمد ر ح ان قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجيب البدل بمقابلته الا ترى ان لو سلم لها الكال بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة

قوله غير انها يسلم لها الاكساب والاولاد جواب لشبهة وهي ان يقال لما انتسخت الكتابة بموت المولى كان ينبغي ان يسلم الاكساب والاولاد المشترية في الكتابة للمولى فاجاب ان الكتابة انتسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ نظرهما والنظر في انتساخها في حق سقوط البدل لا في حق الاولاد والاكساب **قوله** فان مات المولى ولا مال له غير انها ما قيد بدلا لانه لو كان له مال غير هاهي تخرج من ثلث المال عتقت بالتدبير وسقطت عنها المكاتبه لوقوع الاستغناء بها عن اداء المال فكان هذا بمنزلة ما لو عتق المولى مكاتبه **قوله** وقد تلقتها جهتا حرية ببديلين معجل بالتدبير وموكل بالكتابة فتخير لان في التخيير فائدة لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقل المالين اعسر لكونه حالا فكان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا **قوله** قابل البدل بالكل اي بكل المدبرة لانه اضاف العقد الى كلها فقال كاتبتك على هذا وهي محل قابل (لهذا)

(كتاب المكاتب... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز... فصل)

ولهما ان جميع البذل مقابل بثلي رقبتهما فلا يسقط منه شيء وهذا لان البذل وان قوبل بالكل صورة وصيغته لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحققت حرية الثلث ظاهرا واطاهرا لانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار هذا كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية

لهذا العقد كالقن فيصير كلها مكاتبا واذا كان كذلك وقد سلم لها ثلث نفسها مجانا فيجب ان يسقط بقدره من الثلث وصار كما اذا استأخر التديبير بان كاتب عبده او لائم دبرة ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق *

قوله ولهما ان جميع البذل مقابل بثلي رقبتهما ولا يقاى لظاهرا نه انما التزم بمقابلة الكل لانه انما التزم ليعتق قبل موت المولى لاننا نقول استحقاق المدبر العتق غير مقرر قبل موت المولى لانه ان مات قبل موت المولى يبطل الاستحقاق وان مات المولى قبله يتقرر وبذل الكتابة في الحال كالموتوف بين ان يكون بمقابلة الكل او الثلثين فان ادى قبل موته يكون بمقابلة الكل فيعتق كله باداء البذل وان مات المولى او لا يتقرر استحقاقه فتبين بموت المولى او لا ان التزام البذل كان بمقابلة ما لم يتقرر استحقاقه توضيحه انه انما يلتزم البذل ليحصل العتق له عاجلا ما لو علم حصوله بالتدبير قبل الاداء لا يلتزم البذل فان ادى قبل موت المولى يجعل بمقابلة الكل واذا مات المولى قبل الاداء يجعل بمقابلة الثلثين **قوله** استحققت حرية الثلث ظاهرا انما قيد بقوله ظاهرا لانه اذا مات المولى وعليه دين ولا مال له غيره فانه لا يسلم له الثلث الا بالسعاية **قوله** فصار كما اذا طلق امرأته ثنتين الى قوله كان جميع الالف بمقابلة الواحدة فان قيل انما قابلنا البذل ثمه بازاء ما بقي لوقوع التطبيقين اما ههنا فلمدبرة حق العتق والملك كامل فيها ولهذا حل وطئها فيجوز ان يثبت بازائه من البذل قلنا قد سقطت مالية هذا الثلث هنا ولهذا الوا تلفها انسان لا يضمن الا بقيمة الثلثين فيكون البذل بازاء الباقي *

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

لدلالة الارادة كذا من خلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترا **قال** وان دبر مكاتبه صح ان تدبير لما بينها ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند ابني حنيفة ربح وقالوا تسعي في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا *

قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه ومنطق بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنها تنفسخ برضاء العبد والظاهر رضاة توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامته لا كسب له لا نابقى الكتابة في حقه *

قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلاه فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا وهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجهه لانه لا يقدر على الاداء الا لله فاعطي له حكم المال وبذل الكتابة مال من وجهه حتى لا تصير الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا

قوله لدلالة الارادة اي ارادة المطلق لان الظاهر انها تدفع الالف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لانهم يبق الا الطلقة الواحدة الباقية كذلك **هنا قوله** عنده اي عند عقد الكتابة **قوله** لما بينا انه لا تنافي لانها تلقتها جهة حرية **قوله** بناء على ما ذكرنا اراد بقوله اما الخيار فرع تجزى الاعتاق **قوله** ووجهه ما بينا اراد به قوله لان البدل مقابل بالكل **قوله** لا نابقى الكتابة في حقه اي في حق الكسب لان الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البدل للظرو والنظر في ابقائها في حق سلامة الاكساب **قوله** فكان ربوا لانه لما ادعى خمسمائة كانت هذه الخمسمائة بمقابلة خمسمائة من الالف التي في ذمته فالخمسمائة الاخرى يسلم للمكاتب بالاجل وانه ليس بمال والدين مال فيكون هذا متابلا للمال بغير المال فيكون ربوا لان الربوا هو الفضل الخالي عن العوض **قوله** لهذا لا يجوز مثله في الحر بان كان للحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلا (لا)

(كتاب المكاتب ... باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز ... فصل)

ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحريين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا والاجل فيه شبهة *

قال واذا كاتب المريض عبده على الف درهم الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يوخرها فصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيد لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يتال للمشتري ان ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى

قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمتها الفان ولم تجز الورثة ادري ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما *

لا يجوز وكذا لو كان على مكاتب الغير دين مؤجل فصالحه على هذا الوجه لا يجوز وبدل الكتابة مال من وجه اي ليس بمال من كل وجه حتى لا يصح الكفالة ولا يصلح نصا بالزكوة *

قوله ولان عقد الكتابة عقد من وجه لان القياس ينفي هذا العقد لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وعقد من وجه لانه تعليق العتق باداء البدل والاجل ربوا من وجه

فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر **قوله** حتى اجري عليها احكام الابدال حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن وياخذ الشفيع بكل الثمن **قوله** نظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة

آلاف الى سنة وقيمتها الف اي اصل اختلافهم هذا في مريض باع دارا قيمتها الف بثلاثة آلاف الى سنة **قوله** لما بينا من المعنى اراد به ما ذكر من الدليل في الطرفين **قوله** لان المحاباة

ههنا في القدر والتاخير لانه تبرع باسقاط احد الاثنين وتاخير الالف الاخرى والله اعلم * (باب)

(كتاب المكاتب باب من يكاتب عن العبد)

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادي عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الف فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتباً لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الف فهو حر فادى لا يعتق قياً سالانه لاشترط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القابل فيصم في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البديل لا يرجع على العبد لانه منبرع

باب من يكاتب عن العبد

قوله لانه لا شرط اي حتى يعتق لوجوده لانه لم يقل ان اديت اليك الف فهو حر والعقد موقوف والموقوف لا حكم له **قوله** ولا ضرر للعبد الغائب وهذا لان المولى ينفرد بايجاب العتق والحاجة الي قبول المكاتب لاجل البذل فاذا تبرع الفضولي باداء البذل وتصرف الفضولي نافذ في حق كل حكم ليس فيه ضرر ولا ضرر عليه في عتقه عند تبرع الغير باداء البذل منه فيعتقد الكتابة في حق هذا الحكم ويتوقف في حكم لزوم الالف على العبد **قوله** وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب يعني قبل صورة مسئلة الكتاب ما اذا لم يقل ان اديت اليك الف فهو حر بل قال له كاتب عبدك على الف درهم وقبل الفضولي عن العبد والحكم فيه انه ان ادى منه عتق وان بلغ العبد فقبل يصير مكاتباً وقيل هذا الجواب اي العتق باداء الفضولي فيما اذا كانت المسئلة مصورة بصورة التعليق بان قال الفضولي على اني ان اديت فهو حر على ما قال في الكتاب **قوله** لانه منبرع لانه لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسترد ما ادى الى المولى قلنا ان اداه بحكم الضمان وهو ان يقول (كاتب)

(كتاب المكاتب باب من يكاتب عن العبد)

قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد والغائب عتقا
وه معنى المسئلة ان يقول العبد كاتبنى بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه
كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولا يته عليها ويتوقف في حق الغائب
لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل
نفسه فيها أصلا والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كتبت دخل
اولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا باذائها وليس عليهم من البديل شيء وان امكن
تصحيحه على هذا الوجه يتفرد به الحاضر فله ان يأخذه بكل البديل لان البديل
عليه لكونه أصلاً فيه ولا يكون على الغائب من البديل شيء لانه تبع فيه *

كاتب عبدك على الف درهم على اني ضامن يرجع عليه لانه ادى بضمان فانس فان الكفالة
ببديل الكتابة لا تصح وان ادى بغير ضمان لا يرجع لانه متبرع حصل له مقصودة وهو عتق
العبد فلا يرجع كمن تبرع باداء الثمن على المشتري وتم تبرعه وهذا اذا ادى كل بدل الكتابة
وان ادى البعض له ان يرجع سواء ادى بضمان او بغير ضمان ان ادى بضمان فلما مروا
ادى بغير ضمان فكذلك لانه لم يحصل عوضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفاً فيرجع كمن
تبرع باداء الثمن في بيع موقوف كان لادان يسترد من البائع لهذا المعنى بخلاف الوكيل العبد الكتابة
ثم تبرع انسان عنه باداء بعض بدل الكتابة حيث لا يرجع لان ثمة حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة
المكاتب عن بعض البديل وههنا لم يكن في ذمة العبد شيء حتى يبرء باداءه هذا اذا اراد ان يرجع
قبل اجازة العبد وان اجاز الكتابة حتى نفذت عليه ثم اراد الحران يرجع بما ادى بحكم الضمان
يرجع وان ادى بغير ضمان لا يرجع سواء ادى الكل او البعض لانه متى اجاز نفذت الكتابة
من الابتداء فوقع الاداء مبرئاً لذمة المكاتب عن بدل الكتابة فيحصل مقصود المتبرع فلا يرجع *

قوله والكتابة على هذا الوجه مشروعة بان جعل نفسه أصلاً في الكتابة والغائب تبعاً كولد المكاتب
يكون تبعاً لها فيصح هذا التصرف كذلك او يجعل هذا كتابة للحاضر على الف وتعليقاً للعتق
الغائب بالاداء الالف الذي هو بديل في هذا الكتابة تصحيحاً للتصرف العاقل بقدر الامكان (قوله)

(كتاب المكاتب باب من يكاتب من العبد) .

قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه *

قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينه عليه والغائب متبرع به غير مضطرا به

قال وليس للمولى ان يأخذ العبد الغائب بشيء ما يثا فان قبل العبد الغائب ولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله كمن كفل من غيره بغير امره فبلغه فاجازة لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا *

قوله وايهما ادى عتقا اما الحاضر فلان البدل عليه فيجبر المولى على قبوله عند ادائه ويعتق الغائب ايصاله خوله في كتابة الحاضر تبعا كما في ولد المكاتبه ولما ذكرنا من التعليق ووجود الشرط واما اذا ادى الغائب فلانه ينال بهذا الاداء شرف الحرية فلا يكون بمنزلة الاجنبي بل يكون بمنزلة ولد المكاتبه ومعير الرهن اذا قضى دين الراهن فان المرتهن يجبر على القبول لانه يستخلص به ماله وهنه اولى لانه يستخلص به نفسه ولا يكون للمولى مطالبة على الغائب لانه دخل في الكتابة تبعا كولد المكاتبه اولانه في حقه مجرد تعليق العتق بشرط اداء بدل الكتابة وذلك لا يوجب المطالبة ثم ان العبد الغائب وان دخل في عقد الكتابة تبعا كولد المكاتبه الا انه اصل من وجه من حيث ان عقد الكتابة اضيف اليهما متصودا بقوله كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب فكان بدل الكتابة منقسما عليهما في الاصل وهذا لو اعتق المولى الغائب عتق وسقط حصته من المكاتبه لان المال مقابل بالرقبتين في حق المولى والحاضر وانما جعلناه تابعا لاحتصانه في حقه لئلا يتضرر به فاذا بطلت حصته لم يعتق الحاضر حتى يؤدي حصته وان اعتق الحاضر عتق وبطل عنه حصته من المكاتبه ويؤدي الغائب حصته حالا والارد في الرق لان الاجل كان مشروطا بالحضور والغائب بخلاف ولد المكاتبه اذا اعتقه المولى لا يسقط من المكاتبه شيء ويعتق باصااق المكاتبه **قوله** فان قبل الغائب ولم يقبل فليس ذلك منه بشيء اي لا يؤثر قبوله في لزوم بدل (الكتابة)

(كتاب المكاتب باب من يكتب عن العبد)

قال واذا كانت الامّة عن نفسها ومن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى ام يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولاده تبعاً على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي *

الكتابة عليه لانه ليس للمولى ان يأخذ الغائب بشيء اجاز الغائب او لم يحجز وكذلك رده لا يؤثر في حق رد عقد الكتابة عن الحاضر بل عقد الكتابة لازم للحاضر وان رده الغائب *

قوله واذا كانت الامّة على نفسها اي قبلت عقد الكتابة على نفسها وعلى ابنين صغيرين لها والحكم في العبد كذلك وليس في وضع المسئلة في الامّة فائدة سوى ما ذكره ابو جعفر ر ح في كشف الغوامض بقوله ان لهذه الرواية اي لرواية الجامع الصغير من الفائدة ما ليس في مكاتب المبسوط فان هناك وضع المسئلة فيمن كاتب عبده على نفسه واولاده الصغار فلولا رواية الجامع الصغير كان لقائل ان يقول للاب على الصغير من الولاية ما ليس الامم فبرواية الجامع الصغير تبين ان ذلك كله سواء وانما قيد بالصغير ليدل بذلك ان لا اثر لقبول الغائب اوردته ثم فائدة وضع المسئلة في الصغيرين دون الصغير هي ان ايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويعتقون لانه لولا هذا الوضع كان لقائل ان يقول في مثل هذا اذا ادى احد الابنين ينبغي ان لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصاله بينهما ولا تبعية بخلاف الامّة وابنها فان اداء الام كاداء ابنها بطريق ان الابن يتبعها وكذلك اداء الابن كاداء امه لانه لما دخل في كتابتها بطريق التبعية صار اداء التبع كاداء الاصل واما اداء هذا الابن ليس كاداء اخيه لما انه لا تبعية بينهما ولهذا وضع هذه المسئلة في المبسوط في الاولاد الصغار ليفيد هذه الفائدة ولكن اختار في الجامع الصغير لفظ التنية لانه اقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة

قوله على ما بينا في المسئلة الاولى وهي ما اذا كاتب عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب

قوله وهي اولى بذلك من الاجنبي لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي والله اعلم * (باب)

(كتاب المكاتب باب كتابة العبد المشترك)

باب كتابة العبد المشترك

وان كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكتب نصيبه بالقبض ويقبض
بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة ر ح وقال
هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تجزى عنده خلافا لهما بمنزلة
العق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده لتجزى وفائدة الاذن ان لا يكون له
حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا
بنصيبه عليه فلهذا كان كل المتبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل

باب كتابة العبد المشترك

قوله ان يكتب نصيبه اي نصيب المأذون **قوله** واصله اي واصل قوله فالمال للذي قبض
عند ابي حنيفة ر ح وعندهما هو بينهما فان **قوله** فيكون متبرعا بنصيبه عليه اي على
المكاتب لانه لما اذن احدهما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتبا وبقي نصيب
الاذن عبدا كما كان فحين اكتسب كان هذا كسب مملوك بعضه مكاتب وبعضه عبد
فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب وما كان من كسب العبد فهو لمولاه فمتى اذن
الذي لم يكتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد اذن لعبده بقضاء دينه من الكسب الذي
يكون له فيصير الاذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب على العبد ثم على الشريك فاذا
تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع ويصير بمنزلة مالو وهب من مكاتبته شيئا ثم المكاتب
ملكه من غيره بعوض وعجز فان قيل المتبرع له ان يرجع بما تبرع به اذا لم يحصل مقصوده
من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق
يرجع بما تبرع به لان المقصود من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري لم يحصل وكذا
لو تبرع المهر عن الزوج ثم جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع به)

لعدم التجزي فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما
 فيبقى كذلك بعد العجز **قال** وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطيها أحدهما فجاءت
 بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للاول لأنه لما ادعى
 أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لأن المكاتب لا تقبل
 النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة ولوادعى
 الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة
 كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول لأنه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن
 شريكه نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة

به لأن مقصود المتبرع سلامة منفعة البضع للزوج ولم يحصل فنهنا أيضاً مقصود الآن بالتبرع أن
 يسلم للمكاتب رقبته بالعنق ولم يحصل بالعجز فينبغي أن يرجع قلنا المتبرع عليه ههنا هو المكاتب
 من وجه من حيث أن مقصود الآن عتقه وبعد العجز صار مرقوقاً له من كل وجه والمولى لا يستوجب
 على عبده ديناً ولا عيناً خصوصاً إذا خرج من يده بالتسليم إلى المكاتب بخلاف الزوجة والبائع
 لأن ذمتها محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده *

قوله لعدم التجزي ولا يلزم كتابة أحدهما بدون إذن الشريك حيث يثبت الكتابة قصراً
 عليه لأن الكتابة إنما يقتصر على أحد الشريكين إذا كانت غير لازمة والكتابة هناك ليست
 بلازمة بدليل أن الساكت يملك نسخها وهنا لازم فاشبهت التديير **قوله** كما في المدبرة
 المشتركة صورتهما بين رجلين دبراهما ثم وطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه يثبت
 نسب الولد منه ويقتصر أمومية الولد على نصيبه **قوله** لقيام ملكه ظاهراً قيد بقوله ظاهراً بالنظر
 إلى إبقاء الكتابة والنظر إلى العجز لا يبقى ملكه فيها والظاهر أنها تمضي على كتابتها فيكون ملك
 الثاني بأقيا فيها **قوله** ووطئه سابق فتصير أم ولد له من ذلك الوقت لأن السبب هو الوطئ فصار
 كما إذا اسقط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى تستحق الزوائد * (قوله)

(كتاب المكاتب بابت كتابة العبد المشترك)

ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطنها كان ملكه قائما ظاهرا وولده المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فبيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبه جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها الاختصاص بها بما فعها وابدائها واذ عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هي ام ولد لاول ولا يجوز وطئ الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالا جماع ما امكن وقدا مكن بنفسه الكتابة لانها قابلة للفسخ

قوله ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الواد فان قيل ينبغي ان لا يضمن قيمة الواد لان ضمان القيمة في ولد المغرور لما ان الملية يتلف في الولد بحريته فيضمن الاب قيمته وهنا الولد يتبع الام والام غير متقومة فكذا الولد فلا يجب القيمة تكان حرا فلا يجب الضمان قلنا عن ابي حنيفة رح في كون ام الولد متقومة روايان فهذا وقع على رواية تقوم فيكون الولد متقوما على هذه الرواية فيضمن بالقيمة **قوله** لانه بمنزلة المغرور لان الشريك وطئها على حساب ان بضماها الى حكم ملكه وظهر بالعجز بطلان الكتابة فتبين انه لا ملك له فصار مغرورا **قوله** وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحهما المدهي ام ولد لاول وحاصل الاختلاف راجع الى ان الاستيلاد في المكاتبه يتجزى عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يتجزى واجمعوا على انه لا يتجزى في القنة ويتجزى في المدبرة لهما ان تكميل الاستيلاد واجب ما امكن ولهذا يكمل في القنة وامكن تكميله ههنا بنفسه الكتابة لان الكتابة اذا انفسخت بصيرقنة واستيلاد القنة لا يتجزى ولا يبي حنيفة رح انه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بملك نصيب صاحبه والمكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولا وجه انفسخ الكتابة لان المكاتب قد رضي بحريته بجهة الكتابة ولا رضي بحرية آجلة بجهة الاستيلاد فاذ لم يتمحض انفسخ منفعة لا ينفسخ الكتابة ولهذا قلنا ان الاب اذا استولد مكاتبه ابنه لا يصح وان امكن تصحيحه بنفسه الكتابة **قوله** ولا يجوز وطئ الآخر لا يكون هذا الوطئ وطئا يثبت النسب والا فعدم جواز الوطئ بلا نقاد (قوله)

(كتاب المكاتب باب كتابة العبد المشترك)

فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبه وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف النديير لانه لا يقبل الفسخ
وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً
واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً
عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطئ لا يعري عن
احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبه قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة
لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبه ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب
كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل

قوله فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب لان لا ضرر لهما في كونها ام الولد بل لهما فائدة نفع حيث لم يبق
محالاً للبذل بالبيع والهبة ويبقى الكتابة فيما وراءه وهو كونه اُحق باكسابها واكساب ولدها **قوله**
بخلاف النديير جواب ما قاس ابو حنيفة روح المكاتبه المشتركة بالمدة مرة المشتركة اي الكتابة
بخلاف النديير من حيث ان الكتابة قابلة للفسخ والتديير غير قابل للفسخ فكذلك اذا استولد الشريك
الثاني بعد استيلاء الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاؤه لما قلنا ان امومية الولد يجب
تكميلها ما امكن وههنا لا امكان لان النديير لا يقبل الفسخ **قوله** بخلاف بيع المكاتب اي
لا يفسخ الكتابة بضرورة تجويز البيع لان المكاتب يتضرر بفسخ الكتابة بدون رضاه في البيع
وقد قلنا انه يفسخ في ما لا يتضرر المكاتب **قوله** غير انه لا يجب الحد للشبهة وهي شبهة انها
مكاتبه بينهما بالدليل الذي ذكره ابو حنيفة روح على انها تبقى مكاتبه بينهما **قوله** لان الوطئ
لا يخلو عن احدى الغرامتين اي اما الحد واما العقر **قوله** وصار كلها مكاتبه له اي الاول
قوله قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة وهو اختيار الشيخ الامام الزاهدي اي منصور لما تريد
روح لان الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف بدل الكتابة وقال عامة المشائخ روح
يبقى مكاتبه بجميع بدل الكتابة لان انفساخ الكتابة امر ضروري فلا يظهر في ما عدا
تملك الاول نصيب الثاني فبقي العقد الاول كما كان * (قوله)

(كتاب المكاتب باب كتابة العبد المشترك)

وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتبه بسقوطه والمكاتبه هي التي تعطى العقر
 لاختصاصها بابدال منافعهم ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى اظهر اختصاصه على ما بينا
قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح نصف قيمتها مكاتبه لانه تملك نصيب
 شريكه وهي مكاتبه فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رح
 يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابه لان حق شريكه في نصف
 الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما
قال وان كان الثاني لم يطاها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف
 الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رحمه الله
 فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطى فتبين انه يصادف ملك غيره

قوله وفي ابقائه في حقه اي في ابقاء عقد الكتابه في حق نصف بدل الكتابه نظر للمولى
 ابي المستولد الاول وهو حصول بدل الكتابه له **قوله** على ما بينا اي في بيان قول ابي حنيفة رح
قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح نصف قيمتها مكاتبه وهو قول
 ابي يوسف رح في مكاتب بين الشريكين اعتقه احدهما فانه يجب عليه عند ابي يوسف رح
 نصف قيمته مكاتبه فقياس قوله فيما نحن فيه ان يضمن نصف قيمتها مكاتبه ايضا وقيمة
 المكاتب نصف قيمته قنا **قوله** لانه ضمان التملك اظهر آثار الملك فيه من حل الوطى
 والاستخدام ونحوها فاما اذا اعتقه احدهما ولا كان هذا ضمان افساد الملك لانه لم يظهر اثر
 من آثار الملك عندهما والولاء ليس من آثار التضمين فان الولاء عندهما للمعتق على تقدير
 التضمين وعدمه فلم يكن ضمان الاعناق ضمان التملك وفي قول محمد رح يضمن الاقل
 من نصف قيمتها مكاتبه ومن نصف ما بقي من بدل الكتابه لان حق شريكه في نصف الرقبة
 على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن
 ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد يملكها احدهما بالاسنيلا
 فتحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة درهم فلهذا اوجبنا الاقل * (قوله)

والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر **قال** وهى ام ولد
للاول لانه تملك نصيب شريكه و كمل الاستيلاء على ما بينا و ينضم لشريكه نصف عقرها
لو طئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاء وهو تملك بالقيمة
والولد ولد للاول لانه صحت دعوتها لقيام المصحح هذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا *
قال وان كانا كاتباهنم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت بضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها
ويرجع بذلك عليها عند ابى حنيفة ر ح وقال ر ح لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت فى الرق
تصير كانهما لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف فى الرجوع وفى الخيارات وغيرها

قوله والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب والفرق ان الثابت قبل العجز هو الملك بطريق
الظاهر وذلك يكفى اثبات النسب دون التدبير الا يرمى انه لو اشترى امته وود برهاتم استحققت
يبطل التدبير ولو استولدها ثم استحققت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة كذا ههنا
قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكره فى قول ابى حنيفة ر ح ثم اذا عجزت بعد ذلك
جعلت الكتابة كان لم يكن وبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال
قوله لقيام المصحح وهو الملك فى المكاتب لان استيلاده كان عند قيام الكتابة ويصح استيلاذ
المكاتب بالاجماع **قوله** وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا اشارة الى قوله اما عند ههنا فظاهر
واما عند ابى حنيفة ر ح فلانه بالعجز تبين انه يملك نصيبه من وقت الوطى **قوله** والجواب
فيه اى فى اعتاق احد الشريكين القن المشترك على الخلاف فى الرجوع فان عند
ابى حنيفة ر ح اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعند ههنا لا يرجع المعتق
على العبد وفى الخيارات فان عند ابى حنيفة ر ح الشريك الساكت بين الخيارات الثالث ان شاء
اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعند ههنا ليس له الا الضمان مع اليسار
والسعاية مع الاعسار وغيرها وهو الولاء فان عند ابى حنيفة ر ح ان شاء اعتق الساكت او استسعى
فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعند ههنا الولاء للمعتق فى الوجهين جميعا * (قوله)

(كتاب لمكاتب باب من يكاتب عن العبد)

كما هو مسئله تجزي الاعتاق وقد قررناه في الاعتاق فاما قبل التجزي ليس له ان يضمن المعتق
عند ابي حنيفة ربح لان الاعتاق لم يكن يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق
كالملكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبه قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق
الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبه ان كان موسرا او يستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمان
اعتاق فيختلف باليسار والاعسار **قال** وان كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتق الآخر

وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء
اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعى العبد واعتق
وهذا عند ابي حنيفة ربح ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه
لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبنا فاذا
اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده

قوله كما هو مسئله تجزي الاعتاق يعني كان مسئله تجزي الاعتاق على الخلاف فكذلك
الرجوع والخيارات والولاء على الخلاف ايضا فكان في اشارة الى ان الخلاف في هذه الاشياء الثلاثة
بناء على مسئله تجزي الاعتاق وعدمه **قوله** وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه
قيمة نصيبه مكاتبه ولم يذكر الخلاف في هذه المسئلة بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كما ذكر الخلاف

في المسئلة لثلاثة في رواية الجماعة وفي الزيادات لم يذكر الخلاف اصلا فيكون هذه المسئلة المتاخرة
على تلك الرواية ويحتمل ان يكون قول محمد ربح في تلك المسئلة خاصة ويفرق بينهما
ووجه الفرق ان الاعتاق عندهما لا يقبل الوصف بالتجزي فيثبت العتق في الكل والعتق
بنا في الكتاب ابتداء وبقاء بخلاف الاستيلاء لانه لا ينفك في الكتابة ابتداء فلا ينفك فيها بقاء بالطريق الاول
كذا في الغوائد الظهيرية **قوله** لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار والقياس ان لا يختلف
باليسار والاعسار لانه ضمان اتلاف الا انا استحسنا وقلنا ان المعتق باشر السبب اي لما اعتق
المعتق نصيبه صار اعتاق نصيبه سببا لا تلاف نصيب صاحبه فاعرفه دون العلة فيكون هذا
ضمان السبب بني على صفة التعدي فقيما اذا كان المعتق موسرا لا بد من الاعتاق (لانه)

ولكن يفسد به نصيب شريكه فلان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه
ويضمنه قيمة نصيبه مدبر الان الاعناق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين
وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق
وتوابعه والغائت البيع فيسقط الثلث واذا جرد المدبر لا يملك بالضممان لانه لا يقبل الاستقلال من ملك
ملك كما اذا غصب مدبرا وابق وان اعتقه احدهما او لا كان للآخر الخيارات الثلث صفة فاذا بدرة
لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعناق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعي وقال ابو يوسف
ومحمد رح اذا بدرة احدهم فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير
ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار وروى من
نصف قيمته قن لانه صادف التدبير وهو قن وان اعتقه احد هما فقد يبر الآخر باطل لان الاعناق
لا يتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو بعمدة ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويُسعى
العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعناق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما *

لا بد يتمكن من احرار الثواب بواسطة اعتاق عبد آخر فاذا اعتق المشترك يكون متعدبا وفيما
اذا كان معسرا ليس له احرار ثواب العتق طريق آخر سوى هذا فلم يكن متعدبا *

قوله ولكن يفسد به نصيب شريكه اي باعناق المعتق نصيبه يفسد نصيب المدبر لانه كان قبل
اعتاقه يملك الاستخدام والاستغلال وكان لا يجبر على الاخراج الى المعتق فبعد اعتاق المعتق
يكون المدبر مجبورا على الاخراج الى المعتق ويكون بمنزلة المكاتب ويكون مختصا بكسابه
قوله البيع واشباهه وهي الهبة والصدقة والارث والوصية **قوله** والاستخدام وامثاله وهي الاعارة
والاجارة والوطى **قوله** والاعتاق وتوابعه وهي الكتابة والاستيلاء والتدبير والاعتاق على مال
قوله واذا ضمنه لا يملكه بالضمان لان هذا ضمان حيلولة لا ضمان تملك فانه بالاعتاق
ازال يد الاستخدام وغيره للمولى فصار بمنزلة الغاصب **قوله** كما اذا غصب مدبرا وابق اي
حتى ضمن الغاصب القيمة لا يملك الغاصب فاذا وجده الغاصب فله ان يستغنيه **قوله** فاذا بدرة
لم يبق له خيار التضمين فان قيل بالتدبير انتقص قيمته فوجب ان يضمنه ما بقي (من)

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقصده او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجزه وانتظر عليه اليومين او الثلاثة نظر المجانين والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كما مهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزداد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد بن حمر وقال ابو يوسف ر ح لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجران من قيمته ناقصا فصار كما اذا سبق التدبير الاعتاق فلما الاعتاق اما اعتقد سببا للضمان لان نصيب صاحبه حينئذ كان قابلا للنقل من ملك الى ملك وباعتراض التدبير تغذر بقاء سببية الضمان على هذا الوجه فيبطل السببية اصلا الا يرى انه لو غصب مدبرا ثم ابق يضمنه ولو غصب قنا فذبره المولى ثم ابق لا يضمن لتغذر بقاء السببية على هذا الوجه الذي اعتقدت باعتراض التدبير بخلاف ما اذا سبق التدبير الاعتاق لان نصيب صاحبه وقت الاعتاق لم يكن قابلا للنقل فامكن القول ببقاء السببية على الوجه الذي اعتقدت *

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قوله واذا عجز المكاتب عن نجم النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت ومنه قول الشافعي اقل التاجيل نجران اي شهران ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة ومنه حديث عمر رضي الله عنه انه خط عن مكاتب له اول نجم حل عليه اي اول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ثم اشتقوا منه فقالوا نجم الدية نجوما ومنه قوله التتجم ليس بشرط ودين منجم جعل نجوما واصل هذا نجوم الانواء لانهم كانوا يعرفون الحساب وانما يحفظونه من اوقات السنة بالانواء **قوله** كما مهال الخصم للدفع اي اذا توجه عليه الحكم وادعى الدفع بينة حاضرة فانه يمهل ثلاثة ايام **قوله** والمديون للقضاء فانه اذا اقربدين وسأل ان يمهل ثلاثة ايام ليحضر المال وليبيع عينا في يده اجابه الى ذلك ولم يكن بذلك ممتهنا عن ادائه ولم يحبس به * (قوله)

أقول علي رضي الله عنه إذا أتوا إلى علي المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولأنه عقد أرفاق حتى كان أحسنه موجه وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من إمهال مدة استيسار أو إلى المدة ما توافق عليه العاقدان وإيما أن سبب النسخ قد تحقق وهو العجز لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون اعجز عن أداء نجمين وهذا لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فينسخ إذا لم يكن راضيا به وانه بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها إلا مكان الأداء فلم يكن تأخير أو آثار متعارضة فإن المروي عن ابن عمر رضي الله عنه أن مكاتبه عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها **قال** فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فردة مولاة برضاة فهو جائز لأن الكتابة تنسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر أو إلى

قوله أقول علي رضي الله عنه إذا أتوا إلى علي المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده ذكر فخر الإسلام علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما وهذا أمر لا يعرف قياسا فصار المروي عنه كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والآثار متعارضة فإن المروي عن ابن عمر رضي الله عنه أن مكاتبه عجزت عن نجم فردها فيسقط الاحتجاج بها هذا جواب عما تمسك أبو يوسف رحمه الله به بقول علي رضي الله عنه بأن الآثار المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما يعارضه ما ذكره في الكتاب فيسقط الاحتجاج بها أي بالآثار المتعارضة لأن الحد يثنى إذا تعارضا وجهل تاريخهما تساقطا فصار إلى ما بعدهما من الحجة فبقي ما قال من الدليل أن سبب النسخ قد تحقق إلى آخره سالما عن المعارض فيثبت النسخ به، وأقول إن في حديث علي رضي الله عنه بيان أن حق النسخ يثبت للمولى بكسر نجمين وليس فيه نفي حق النسخ عند كسر نجم واحد بل هو مسكوت عنه فيكون موقوفا إلى قيام الدليل وهو ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنه أن ذلك كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم لأن ما يتولاه الصحابي من المقادير يحمل على السماع لأنه لا يدركه القياس **قوله** فإن أخل بنجم عند غير السلطان أي غير القاضي * (قوله)

(كتاب المكاتب باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

ولو لم يرخص به العبد لابد من القضاء بالنسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء
 كالرود بالعيب بعد القبض **قال** واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة
 وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا
 عليه او على مولاه وقد زال التوقف **قال** فان مات المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة و
 قضى ما عليه من ماله وحكم بعته في آخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث
 لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علما وناجح
 وقال الشافعي رح تبطل الكتابة ويموت عبدا وما ترك لمولاه وامامه في ذلك زيد بن
 ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو
 اما ان يثبت بعد المكاتبة مقصورا او يثبت قبله او بعده مستندا لوجه الى الاول لعدم المحلية
 ولا الى الثاني لغتد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال، الشيء ثبت ثم يستند
قوله ولو لم يرخص به العبد لابد من القضاء بالنسخ وفي بعض الروايات ينفرد المولى بالنسخ
 ولا يشترط رضاه كما اذا وجد بالمشتري عيبا قبل القبض فانه ينفرد المشتري بالنسخ وجه هذه
 الرواية ان هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام
 العبد بوقوع الفراغ من استيفاء احكامه فيشبه من هذا الوجه بما لو وجد المشتري عيبا قبل
 القبض وهناك ينفرد المشتري بالنسخ ولا يحتاج فيه الى قضاء القاضي فهنا كذلك وجه الرواية
 الاخرى ان هذا عيب تمكن في احد العوضين بعد القبض لان المكاتب بعقد الكتابة صار
 في يده فاشبه من هذا الوجه بما لو وجد المشتري بالمشتري عيبا بعد القبض وهناك المشتري
 لا ينفرد بالنسخ كذا هنا **قوله** لانه كان موقوفا عليه او على مولاه لانه ان ادعى بدل الكتابة
 فكسبه للمكاتب وان عجز للمولى **قوله** لا وجه الى الاول لعدم المحلية وذلك لان الميت ليس
 بحلل للعتق ابتداء لما في العتق من احداث قوة المالكية وذلك لا يتصور في الميت ولا يجوز
 ان يستند الى حال حيوته لان المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وفي امادة الى حال حيوانه اثبات
 العتق المعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الاداء * (قوله)

ولنا انه عقد معاوضة فلا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابتداء العقد لحياء الحق بل اولى لان حقه أكد من حق المولى حتى لزيم العقد في جانبه والموت انقضى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا ويستند البحرية

قوله ولنا انه عقد معاوضة احتراز عن النكاح والوكالة وذلك لانه ثبت للمكاتب مالكية اليد والمولى المطالبة ببطل الكتاب وقضية المعاوضة المساواة ولا يفسخ الكتاب بموت المولى فكذا بموت المكاتب **قوله** والموت انقضى للمالكية منه للمملوكية لان المملوكية عبارة عن المقدورية والمقهورية والمالكية عبارة عن القادرية والقاهرية ولهذا يوصف الجمان بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا والموت انقضى للقادرية والقاهرية منه للمقدورية والمقهورية فاذا جاز ابقاء العقد مع اقوى المافيين لادنى الحاجنين فلان يبقى العقد مع أدنى المافيين لا على الحاجنين اولى واخرى واما ما ذكره الشافعي راجع من الترديد فنقول انه يعتق بعد الموت عند البعض بان يقدر حيا قابلا للعتق كما قدر المولى حيا ومالكا ومعتقا في فصل موت المولى ولهذا قدرنا الميت بعد موته حيا ومالكا لاصواله فيما يحتاج الى قضاء دينه وتنفيذ وصيته والجدهور على انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيواته اما لان سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه ويجعل اداء خلفه كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل حسي والاستناد انما يكون في التصرفات الشرعية قلنا نعم ولكن فعل النائب مضاف الى المنوب وهذه الاضافة شرعية الا ترى ان من رمى صيدا فسات قبل ان يصيب ثم اصاب صار ملكا له وورث عنه والميت ليس باهل للملك ولكن لما صح السبب والملك يجب بعد تمام السبب وتماه بالاضافة وهو ليس باهل له ثبت الملك من حين الامكان وهو آخر جزء من اجزاء حيواته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعقود موقوف على الاداء والاداء جائز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالمالك ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته واما بان تقام التركة الموجودة منه في آخر جزء من اجزاء حيوته مقام التولية بين المال وبين المولى وهو الاداء المستحق عليه * (قوله)

(كتاب المكاتب باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافات **قال** وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابته ابيه على نجومه فاذا ادعى حكما بعق ابيه قبل موته وعق الوثد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قبل له اما ان تودي الكتابة حالة او ترد رقبتا عند ابي حنيقة رح واما عندهما يوديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه تبعاله ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولا يبي حنيقة رح وهو الفرق بين الفصليين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يضاف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانه بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذاك الوقت لانه تبع لايه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حرو كذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابته واحدة لان الولدان كان صغيرا فهو تبع لايه

قوله باستناد سبب الاداء اي سبب هو الاداء **قوله** لان الولد داخل في كتابته هذه النكتة تقتضي ان لا يعتق الولد المشتري الا ان عتقه لمعنى آخر وهو ان مقصود المكاتب ان يعتق بجميع اجزائه فلذلك يعتق بآداء الحال تحقيقا لمقصود العاقد بقدر الامكان **قوله** بخلاف سائر اكسابه فان المولى لا تصرف له في اكساب المكاتب ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب **قوله** وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابته واحدة اي يرثه ابنه وقيد بقوله كتابته واحدة احتراز عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعقد واحد لان الولدان كان منفردا بكتابه فاذا هابعد الموت قبل قضاء مكاتبه او بعده لم يرثه لانه مقصود بالكتابة وانما يعتق من وقت اداء البدل مقصورا عليه لان الاستناد للضرورة ولا ضرورة في حقه ههنا فاذا لم يستند عتقه كان عبدا عند موت ابيه فلهذا لا يرثه (قوله)

وان كان كبير اجعلا ك شخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر *

قال فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك ديناً وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقصى به

على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتاب لان من

قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجبر

الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكرن تعجيزا وان اختصم موالى الام

وموالى الاب في ولائه فتقضى به لموالى الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء

مقصود او ذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء

على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب

قوله وان كان كبير اجعلا ك شخص واحد لا يحد عقد الكتابة وهذا لان الكتابة ما كانت واحدة

ونجومها واحدة فانهما يعتقان معان ادا ويردان معافى الرق ان لم يود يا وقد عتق العبد

في آخر جزء من اجزاء حيوته فيعتق الابن معه في تلك الحالة فيرثه لذلك **قوله** وان مات

المكاتب وله ولد من حرة ابي معتقة وترك ديناً وفاء بمكاتبته قيد بالدين لانه لو ترك عينا لايتهن

القضاء بالاحاق بالام اذ يمكن الوفاء في الحال **قوله** وان اختصم موالى الام يعني اختصم

بعد موت الولد فارثه بالولاء قبل اداء بدل الكتابة فتقضى القاضى بالولاء لقوم الام يكون قضاء

بعجز المكاتب وموته عبدا لان من ضرورة كون الولاء لقوم الام موت المكاتب عبدا لانه لو مات

حرا لا يجبر الولاء اليه من قوم الام **قوله** لان هذا اختلاف في الولاء مقصود الاحتراز عن المسئلة الاولى

فان القضاء بالارش على قوم الام لا يكون قضاء لهم بالولاء الذي يبتني على بقاء الكتابة في الاب

وانتقاضها ولا يكون القضاء بالارش على قوم الام منافيا لبناء الكتابة في الاب بل هذا يقرر حكم

الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على احتمال

ان يعتق الاب فينتقل الولاء وموجب الجناية الى قوم الاب فلا يكون القضاء بالارش

على قوم الام قضاء بنفسه الكتابة ولان القضاء بالارش عليهم قد يكون بجهة اخرى

غير الولاء كالقالة ونحوها فلم يكن قضاء بموت الاب عبدا وفي المسئلة الثانية الاختلاف (وقع)

(كتاب المكاتب باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما ابلقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا *

قال وما دى المكاتب من الصدقات الى مولاة ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد بتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضى الله تعالى عنها هي لها صدقة ولها هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل الملك فلا تطيبه ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه بطيب واوعجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب

وقع في الولاء مقصودا ودايبتني على قيام الكتابة وانتقاضها فكان هذا قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يضمن فسخ الكتابة فانها لو لم تفسخ وخرج من الدين وادبت الكتابة رجع عاقلة الاب بالميراث على عاقلة الام فينتقض القضاء بالميراث قلنا بانفساخها صيانة للقضاء عن النقص

قوله هذا فصل مجتهد فيه فان الاختلاف بين موالي الاب وموالي الام في التحفينة راجع الى قيام الكتابة وانتقاضها عند موت المكاتب عن وفاء فموالي الام زعموا اندمات عبدا

وانفسخت الكتابة بموته وصار ولاء الولد لنا لا يتحول عنا وهو قول بعض الصحابة وموالي الاب زعموا ان الكتابة لم يفسخ بموته عن وفاء فيؤدي الكتابة حتى يعتق وينتقل الولاء اليه وهو

قول بعض الصحابة فاذا قضى القاضي بالولاء لموالي الام كان قضاء في فصل مجتهد فيه فننفذ بالاجماع صيانة قضاء متفق عليه واما من امضاء كتابه اختلف الصحابة في بقائها هذا اذا مات

المكاتب عن وفاء واما اذا مات لاعن وفاء قال بعضهم يفسخ حتى لو تطوع انسان ببدل الكتابة

لا يقبل منه وقيل خلافه **قوله** لتبدل الملك فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق فان قيل

ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك فلما ملك الرقبة كان للمولى مغلوبا

في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان التصرف للمكاتب لا للمولى وكان للمكاتب ان يمنعه

من التصرف في ملكه وهذا آية كمال ماك اليد للمكاتب ونقصان ملك الرقبة للمولى اذا المكاتب

هو الذي يتصرف فيه تصرف الاملاك لا المولى ثم بالعجز ينقلب الامر وليس هو الا لتبدل الملك

للمولى **قوله** في حديث بريرة رضى الله عنها فانها اهدت الى رسول الله صلعم (ما)

(كتاب المكاتب: باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

وهذا عند محمد ر ح ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند ابي يوسف ر ح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لاندلا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذ لا به فلا يحوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اغتق المكاتب واستغنى بطيب له ما بقي من الصدقة في يده **قال** واذا جنى العبد فكاتبه مولاة ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب جنابة العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختار الفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصيل

ما اخذت من الصدقات وقال عليه الصلوة والسلام هي لها صدقة ولنا هدية * **قوله** وهذا عند محمد ر ح ظاهر لان بالعجز عنده يتبدل الملك لان المكاتب اذا عجز فالمولى يملك اكسابه ملكا مبتدأ حتى لو آجر المكاتب امته ظمرا ثم عجز يبطل الاجارة عند محمد ر ح لزوالها عن ملك الآجر وكذلك عند ابي يوسف ر ح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى فان للمولى في كسب المكاتب نوع ملك وبالعجز يتقرر ذلك ويتأكد الا اندلا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في اخذها لكونه اذ لا لامع الغنية ومع زيادة الشرف والكرامات لان بالصدقة يستط الذنوب من المتصدق فيصير المتصدق عليه كالالة للمتصدق في حق سقوط الذنوب عنه وليس للمسلم ان يذل نفسه الا عند الحاجة والضرورة فلهذا حل للفقير ولا يحل للهاشمي وان كان محتاجا اليه لان له زيادة حرمة وشرف ليست لغيره والاخذ لم يوجد من المولى وعلى هذا اذا استغنى الفقير وفي يده شيء من الصدقة او وصل ابن السبيل الى وطنه وفي يده فضل من الصدقة او غنى المكاتب وفي يده شيء من الصدقة بطيب لهم وفي الاوضح ما بقي في يده المكاتب بعد العجز من الصدقات لا يطيب للمولى عند ابي يوسف ر ح لانه لم يتجدد الملك للمولى عنده * (قوله)

(كتاب المكاتب باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

وكذلك اذا اجنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لا انتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالتضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد ر ح وقد رجح ابو يوسف ر ح اليه وكان يقول اولاياع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر ر ح لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجنابة فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جنابة المدبر وام الولد ولما ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كما لعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلذ لانهما لا يقبلان الزوال بحال *

قال واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة كيلا يؤدى الى ابطال حق المكاتب اذا الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اذ اهل الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيمتلئ بهذه الصفة ولا يتغير

قوله وكذلك اذا اجنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز اي فانه يدفع او يغدي **قوله** وان قضى به عليه في كتابته اي ان قضى بموجب الجنابة على المكاتب في حال كتابته فهو دين اي قدر قيمة المكاتب دين على المكاتب **قوله** ولما ان المانع قابل للزوال للتردد اي لاحتمال انفساخ الكتابة ولم يثبت الانتقال في الحال اي من الرقبة الى القيمة فتوقف على القضاء او الرضاء وحاصله ان جنابة المكاتب عندئذ لا يصير مالا الا بتضاء او رضاء او بالموت عن وفاء وعند زفر ر ح يصير مالا في الحال له ان المانع من الدفع قائم وقت الجنابة وهو الكتابة فوجب ان يصير موجبة القيمة بنفس الوقوع كجنابة المدبر وام الولد ولما ان الاصل في جنابات العبيد وجوب الدفع الا ان يتعذر التسليم لوجود المانع من الانتقال من ملك والمانع هنا قابل للنسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال من الموجب الاصلي الا بالقضاء او الرضاء **قوله** وسبب حق المرء حقه اي الكتابة سبب الحرية والحرية حقه وسبب حق المرء حقه فيكون الكتابة حقه والحق لا يطل بالموت كما اذا كان له دين على آخر *

(قوله)

كتاب الولاء

الولاء نزعان وللاء عتاقة ويسمى وللاء نعمته وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له ووللاء موالاة وسببه العتد ولهذا يقال وللاء العتاقة ووللاء الموالاة والحكم يضاف إلى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرّر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوصيه فقال إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم وأمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يبركون الموالاة بالحلف **قال** وإذا اعتق المولى مملوكه فولاء له لقوله عليه الصلوة والسلام الولاء لمن اعتق ولأن التناصر به فيعتقه وقد أحياه معنى بازالذرق عنه فيرثه وبصير الولاء كالولاد ولأن الغنم بالعزم وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنه حمزة رضي الله عنها وعن بنت فجعل النبي عليه الصلوة والسلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الإشتاق بمال وبغيره لا طلاق ماذ كرهناه *

كتاب الولاء

هو من الوالي بمعنى الترب ويقال بينهما وللاء أي قرابة ومنه قوله عليه السلام الولاء للحمّة لأحمته النسب أي وصلة كوصلة النسب *

قوله الولاء نوعان أي الولاء المستعمل في اصطلاح الشرع وهو الذي يقع به التناصر نوعان وللاء عتاقة ويسمى وللاء نعمته قال الله تعالى وأذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أي أنعم الله بالاسلام فأنعمت عليه بالعتق وسببه العتق على ملكه في الصحيح هذا احتراز عن قول أكثر أصحابنا فإنهم يقولون سبب هذا الولاء اشتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ولكنه ضعيف فإن من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق هنا والأصح أن سببه العتق على ملكه لأن الحكم يضاف إلى سببه يقال وللاء العتاقة ولا يقال وللاء الاعتاق كذا في المبسوط **قوله** وقد أحياه معنى لأن الرق أنثر الكفر والكفر موت حكمي الأبرى إلى قوله تعالى ومن كان ميتاً فأحييناه أي كأنه أهدى له فكان في معنى الولاد من حيث أن سبب حيوة الولد (أما)

قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح *
قال واذا ادعى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبره وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاء ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة لاخر فاعتق موئى الامة لامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابد لانه عتق على معتك الام مقصود اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل وولاؤه عنه جملا بما روينا وكذلك اذا ولدت ولدا لافل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لافل من ستة اشهر لانهما توأمان يعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلان والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب انما هو والد فبرته كهو فان قيل ينبغي ان يرث المعتق من المولى ايضا اذا لم يترك المولى عسبة نسبية كما هو قول الحسن بن زياد رح قلنا المعتق اجنبي عنه وقد جاء في المعتق نص مخالف للقياس فلا يقاس عليه غيره *

قوله وان شرط انه سائبة عبد سائبة اي لا ولاء بينه وبين معتقه من ساب اي جري وذهب كل مذهبه اي اعتق رجل عبده وشرط ان لا يرثه فالشرط باطل **قوله** واذا ادعى المكاتب عتق وولاؤه للمولى لان سبب الولاء العتق على الملك وقد عتق على ملكه اذ المكاتب لا يرث وكذلك المدبر لا يرث فيعتق على ملكه ايضا **قوله** لانه عتق على معتق الام مقصودا وانما قلنا انه صار معتقا مقصودا لان الجنين هو جزء من الام والمولى اوقع العتق على جميع اجزائها مقصودا فيكون معتقا للجنين الذي هو جزءا مقصودا ايضا كذا ذكره شيخ الاسلام رح **قوله** او ولدت وادين احدهما لافل من ستة اشهر اي يوم مثلا والاخر بعدها * (قوله)

(كتاب الولاء)

لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصود الان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له **قال** فان ولدت بعد عتقها لاكثر من سنة اشهر ولد افلاؤه لموالى الام لانه عتق تبعاً للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق الاب جراً لاب ولأ ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعاً للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمه لكحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلاً عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاءنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه تنسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة من موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام

قوله لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا بخلاف ولأ العتاقة فان الجنين يصير مقصودا بالاعتاق لانه محل لاضافة العتق اليه وبعد ما صار مقصودا لا يمكن لمن يجعل تابعاً لغيره في الولاء عليه **قوله** لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له فكان تابعاً في الولاء فيجعل تابعاً للاب لان الاب هو الاصل في الولاء لكونه بمنزلة النسب **قوله** بخلاف ما اذا اعتنت المعتدة عن موت وطلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين وفي بعض النسخ لاكثر من سنتين والصحيح من الرواية لاقل من سنتين بدليل قوله وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعاً وقد مر في كتاب الطلاق ان المعتدة عن طلاق رجعي اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين يكون ذلك رجعةً لتيقنا بالعلوق بعد الطلاق فان جاءت بولد لاقل من سنتين لا يكون رجعةً بالشك لانه لو حمل على وطئه في الدة يصير مراجعاً ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعاً والمراجعة لم يكن فلا يثبت بالشك * (قوله)

وان اعتق الاب لتعذرا ضافه العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمه الوطئ وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حثالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير فاذا تزوجت معتقة بعد فولدت اولادا فحسنى الاولاد فعتلهم على موالى الام لانهم عتقوا تبعالا منهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فالحقوا بموالى الام ضرورة كما في ولد الملا عنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما ثبت للاب مقصورا لان سببه مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملا عنة اذا عقل عنه يوم الام ثم اكدب الملا عن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك ثبت مستندا الى وقت العاوق كانوا مجبورين على ذلك فارجعون **قال** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة ر ح قال رضي الله عنه وهو قول محمد ر ح وقال ابو يوسف ر ح حكمه بكم ايده لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان

قوله وان اعتق الاب لتعذرا ضافه العلوق الى ما بعد الموت صورته في فصل الموت ان كان مكاتباً مات عن ولاء او ولد مولود في الكتابة وفي الكافي وما وقع في نسخ الهداية فجاءت بالولد لاكثر من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي لاقل من سنتين وعليه يدل التعليق المذكور فيها فالظاهر انه وقع من الكاتب **قوله** وكانوا مجبورين على ذلك اي قوم الام كانوا مجبورين على اداء الارش فلا يكونون متبرعين في ذلك فلذلك يرجعون **قوله** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب العجم جمع العجمي وهو خلاف العربي وان كان فصيحاً كداني المغرب وصورة المسئلة ان الحر العجمي الذي ليس بمعتق لا حد سواء كان له وللاء موالاة لا حدا ولم يكن كذا في الزاوش ر ح الاطعموني الفوائد الظهيرية هذه المسئلة على وجوه وان زوجت نفسها من عربي فولاء الاولاد تقوم الاب في قولهم لان الشرف بانساب العرب اقوى وان زوجت نفسها من اعجمي له (اباء)

(كتاب الولاء)

ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم
ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه
الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة
والعقل لان تصريحهم بها فاضت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقد
والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا في الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة قوم ثم
اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولاد قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي
ايهم وقال ابو يوسف رح مبر اليهم موالي ايهم لان الولاء وان كان اصعف فهو من جانب الاب

اباء في الاسلام فولاء الاولاد تقوم الاب عند ابي يوسف رح بلاريب وعلى قولهما اختلف
المشائخ حكى عن ابي بكر الاعمش وابي بكر الصغار رحمهما الله انه تقوم الاب وقال غيرهما
لتقوم الام وان زوجت نفسها من رجل اسلم من اهل الحرب والى احدا منه او لم يوال فهي
مسئلة الكتاب وان زوجت نفسها من عبدا ومكاتب فولاء الولد لموالي الام اجما عا الا اذا
عتق العبد فيجوز الولاء *

قوله ولواء العتاقة قوي معتبر وفي المبسوط ولواء العتاقة معتبر في حق الاحكام من حيث
الكفاءة ومن حيث ان يقدم على ذوالارحام ومن حيث انه لا يقبل النسخ بعد
التوقيع وفي الموالاته انعكس هذه الاحكام وهذا لعقه وهو ان الحرية والنسب في حق
العجم ضعيف بدليل ان حريتهم يحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف حرية العرب وكذا
العجم ضيعوا انسابهم الا يرى ان تفاخرهم قبل الاسلام بعمادة الدنيا وبعد الاسلام بالاسلام
فاذا ثبت الضعف في جانب الاب كان هو والعبد سواء **قوله** نبطي كافر تزوج بمعتقة نبطي جبل
من العراق كذا في المغرب والمراد بالمعتقة كافرة نصرانية لتصور هذه المسئلة اذ المسلمة لا يكون
بعت الكافر بعقد النكاح وغير الكناينة من الكفار لا يجوز ان يبقى نكاحها بعد اسلام الزوج
كذا ذكر الجباري رح في فوائده *

(قوله)

فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل النسخ
 وولاء العتاقة لا يتقبل ولاضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان ابوان معتتين فالنسبة
 اليهم قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب اولان النصرة به اكثر
قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي
 اشترى عبدا فاعنته هو اخوك ومولا كما ان شكرك فهو خير له وشرك وان كفرك فهو
 خير لك وشركه ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصيته وورث ابنة حمزة رضي الله عنه
 على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبته تقدم على ذوى الارحام وهو
 المروى عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبه من النسب فهو ولي من المعتق لان
 المعتق آخر العصابات بهذا الان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارت
 عصبه بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبه ذوى الارحام *

قوله فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية لم نجبر عليها نعمة عتاق ومعنى هذا
 ان الام اذا كانت معتقة فالولد ينسب الي قومها بالولاء والنسبة بالولاء قرابة معتبرة شرعا واذا
 كانت عربية فلوانتسب الوالد الي قومها انما ينتسب بالنسب والانتساب بالنسب الى الام ضعيف
 جدا فكذلك بواسطة الام الى ابيها حتى يستحق العصوبة بدليل هذا النسب كذا في المبسوط
قوله هو اخوك اي في الدين قال الله تعالى فاخوانكم في الدين ومواليكم **قوله** فان شكرك
 اي بالمجازاة على ما صنعت اليه فهو خير له لانه ابتدعت الي ما بدت اليه في الشرع قال عليه السلام
 من ازلت اليه نعمة فليشكرها **قوله** وشرك لانه يصل اليك بعض الجزاء في الدنيا فينتقص بقدرة
 من ثوابك في الآخرة **قوله** وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب عملك كله لك في الآخرة
 وشركه لان كفران النعمة مذموم قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله **قوله** تقدم
 على ذوى الارحام لان النبي صلى الله عليه وسلم قدمه على الرذ حيث ورث ابنة حمزة
 ومارد الباقي على بنت الميت والرد مقدم على ذوى الارحام **قوله** بدليل الحديث الثاني
 وهو توريث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام بنت المعتق * (قوله)

(كتاب الولاء)

قال فان كان للمعتق عصبية من النسب فهو اولى منه لما ذكرنا وان لم يكن له عصبية من النسب فميراثه للمعتق تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذوحال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبية على ما روينا وهذا لان العصبية من يكون التناصربه لبيت النسبة وبالموالي الانتصار على ما مر والعصبية تأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبيتى المولى دون بانه لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق او كاتبن او كاتبن من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلعم وفي آخرة او جرولاء معتقهن وصورة الجرد مناها ولان ثبوت المالكية والقوة فى المعتق من حيثها فينسب بالولاء اليها فينسب اليها من ينسب الي مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لاما لكه وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الاقرب فالأقرب

قوله تأويله يعنى تأويل قوله فميراثه للمعتق ان لا يكون للمعتق عصبية من النسب ولا صاحب فرض ذى حال اي له حال فرض لا غير اما اذا كان صاحب فرض له حال تعصيب ايضا الاشياء للمعتق ولو كان صاحب فرض فله الباقي بعد فرضه لانه عصبية **قوله** لبيت النسبة اي لتبيلة هو منسوب اليها **قوله** وصورة الجرد مناها وهي ما ذكر من قوله فان وادت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الي ان قال جرا لاء ولاء ابنه وصورة جرولاء معتقهن تزوج عبدا امرأة با ذنها بمعتقة قوم فولدت منه اولاد افولاء الولد يكون لموالي الام فلوان المرأة اعتقت هذا العبد جرا لاء ولقاء الولد الي نفسه وجرت هي ذلك الي نفسها وصورة جرولاء معتق المعتق امرأة اشترت عبدا واعتقه ثم ان هذا العبد اشترى عبدا ثم ان العبد الثاني تزوج بمعتقة قوم فولدت منه ولاد افولاء الولد لموالي الام فلوان المعتق اعتق هذا العبد جرولاء ولقاء ولده ثم جرا لمعتق الاول ذاك الي نفسه ثم جرت المرأة ذاك الي نفسها **قوله** بخلاف النسب اي لا ينسب الولد الي الام يعنى ان ولقاء العتاقة يثبت من جانب النساء ولا يثبت النسب من جانب النساء ووجه الفرق ان سبب النسبة بالولاء احداث قوة المالكية بالعتق وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من (الرجل)

• (كتاب الولاء)

لان الولاء لا يورث ويخلد فيه فمن يكون النصرانية حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء
للابن عند ابي حنيفة ومحمد بن حنبل لان الله اقربهم عصوبة وكذلك الولاء للمجددون
الاخ عند ابي حنيفة رحمه الله اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه
دون اخيه لما ذكرنا الا ان عقل جنانية المعتق على اخيه لانه من قوم ابيه وجانيته
كجانيته ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر معناه بنتي ابن آخر فميراث المعتق لابن
دون بني الابن لان الولاء للكبير هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي
وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم اجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب *

الرجل بخلاف النسب فان سببه ثمر اش وصاحب العواش هو الرجل لا المرأة لانها مملوكة
فلا يعارض المالك في استحقاق النسب اما الرجل والمرأة في نسبة العتق على السواء *

قوله لان الولاء لا يورث اي لا يجري في الولاء الارث لانه لو كان استحقاق المال فيه
بالارث لكان للدكر مثل خط الانثيين كما في سائر الموارث ولكن يجري فيه الخلاف والخلاف
انما يتحقق لمن يتحقق به النصرانية والنصرة انما يكون بالابن دون الابنة الا ترى ان النساء
لا يدخلن في العاقلة عند تحمل الارش لعدم النصرانية منهن وعن شريح رحمه الله يورث
كالمال الموروث بطريق الفرض والتعصب وبه قال الشافعي رحمه الله وفائدة يظهر
ان ميراث المعتق بالولاء ولانه للدكر اثر من آثار الملك فكانه يزول بالعتق بعض المالك
ويبقى بعضه ولكنه ضعيف لان النبي عليه السلام قال الولاء لخدمة كل حمة النسب ولان ثبوت
الولاء للمعتق باحداث قوة المالكية في المعتق ونفي مملوكية عنه فكيف يكون الولاء جزاء
من الملك كذا في المبسوط **قوله** حتى يرثه دون اخيه لما ذكرناه اي انه اقرب في العصوبة
الا ان جنانية المعتق على اخيه لان الميراث بالعصوبة والابن اقرب العصبات فاما عاقلة
المعتق قبيلة مولاة واخوها من قبيلتها لانه من قوم ابيه فاما ابنها ليس من قوم ابيه **قوله**
لان الولاء للكبراي لا كبر اولاد المعتق والمراد اقربهم نسباً لا اكبرهم سناً كذا في المعرب * (فصل)

(كتاب الولاء فضل في ولاء الموالاة)

فصل في ولاء الموالاة

قال وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي ربح الموالاة ليس بشيء لأن فيه إبطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح هذه الوصية بجميع المال وإن لم يكن للموصي وارث أحق بيت المال وإنما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت إيمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة ومثل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به صحابه وصداته وهذا يشير إلى العقل والارث

فصل في ولاء الموالاة

صورته أن يقول مجهول النسب الذي أسلم على يده أو غيره واليتك على أني أن مت فميراثي لك وإن جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه يكون المقابل مولى له يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى وله شرائط منها أن يكون من غير العرب لأن العربي له نصرة بنفسه أي قبيلته وذلك أكد من نصرة الموالاة ومنها أن لا يكون معتقاً ومنها أن يشترط الميراث والعقل ومنها أن يكون لم يعقل عنه غيره ومنها الإسلام على يده عند البعض والصحيح أن ذلك ليس بشرط *

قوله فميراثه للمولى أي للدولى الأعلى وإذا مات الأسفل والأعلى ميت فميراثه لأقرب الناس عصبته إلى الأعلى كما في ولاء العتاقة كذا في الذخيرة وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء أي ليس شيء موجب للارث والعقل **قوله** ولنا قوله تعالى والذين عقدت إيمانكم فآتوهم نصيبهم يعني نصيبهم من الميراث والمراد عقد الموالاة بدليل ما سبق في وكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون كان المراد من ذلك بيان (النصيب)

(كتاب الولاء فصل في ولاء الموالاة)

في الحالتين هاتين لأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث يشاء والصرف إلى بيت المال ضرورة
عدم المستحق لأنه مستحق **قال** وإن كان له وارث فهو أولى منه وإن كانت عنه أو خالة
أو غيرهما من ذوي الأرحام لأن الموالاة عقد هما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد
من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب لأنه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون
المولى من العرب لأن تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة *

قال وللمولى أن ينتقل منه بولائه إلى غيره مالم يعقل عنه لأنه عقد غير لازم
بسرقة الوصية وكذا لا على أن يبرأ عن ولائه لعدم الملزوم

النصيب على سبيل الاستحقاق ارتأى على سبيل الثروة والبر ابتداءً فذلك
المراد بما جعله معطوفاً عليه لأن حكم المعطوف حكم المعطوف عليه وليس المراد بقوله
عقدت أي بانكم القسم بل المراد الصفة فإن العادة أن المتعاقدين يأخذ كل واحد
منهما يميناً صالحة إذا عاقده ويسمى العقد صفقة لهذا وذكر في المبسوط البكري
أن الله تعالى جعل ولاء الموالاة سبباً للتوارث مطلقاً من غير فصل بين أن يكون التميم
وارثاً آخر أو لم يكن إلا أنه نسخ في حق من كان له وارث آخر بقوله تعالى وأولوا الأرحام
بعضهم أولى ببعض ولأننا نسخ في حق من لا وارث له فبقي داخل تحت ظاهر الآية *

قوله في الحالتين أي في محياة عقلا وفي مماته ارتأى **قوله** ولا بد من شرط العقل
والإرث لأن عقد الموالاة يقع على ذلك فلا بد من ذكره ولو شرط الإرث من الجانبين كان
كذلك وتوارثان من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فإنه يورث الأعلى من الأسفل لأن سببه
الأحياء وإذا وجد من الأعلى في حق الأسفل لا من الأسفل في حق الأعلى وهنا السبب
هو العقد والشرط فعلى الوجه الذي وجد الشرط يثبت الحكم **قوله** لأن تناصرهم بالقبائل فإن قيل
أن التباصر حكمة وهي لأبراعي في كل فرد وإنما يراعي في الجنس كما في الاستبراء
فإن الحكمة فيه فراغ الرحم وانها تعتبر في الجملة لا في كل فرد حتى لا يجب الاستبراء (في)

(كتاب الولاء فضل في ولاء الموالات)

لا انه بشرط في هذا ان يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل قصد بخلاف ما اذا عقد
الامانة مع غيره بمحض من الاول لا انه فسخ حكمي بموالات العزان الحكيم في الوكالة *
قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه
تصبي به القاضي ولانه بموالاته عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا
اذا عقل عن ولده لم يكن لكلا واحدا منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد *
قال وليس لمولى الممتدة ان يوالي احدا الا نذلازم ومع بقائه لا يظهر الادبى *

في من اشترى من امرأة او اشترى امه صغيرة قلنا انما تصرفه للاحكامه فان قيل العلة
لا ان يكون موجودا وانما تصرفه قد يوجد وقد لا يوجد قلنا التناصير يكون موجودا حاله
تحقيقا او تقدير التناصير سببه *

قوله الا انه بشرط في هذا اي في فسخ عقد الموالات **قوله** كما في عزل الوكيل قصد
اي عزل الوكيل قصد لا يجوز بدون علمه ويجوز ضمنا فكذا للمولى الاسفل ان يفسخ
الولاء بغير محضر من الاول في ضمن عقد الولاء مع غيره ولكن ليس للاعلى والاسفل
ان يفسخ الولاء بغير محضر من صاحبه قصد كذا لا يكون للموكل عزل وكيله بدون علمه
قصد فان قيل فلماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبا فسخ العقد الاول قلنا لان الولاء
كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا ينصو وثبوته من غيره فكذا الولاء فعرفنا
ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول **قوله** وكذا لا يتحول ولده
اي لا يتحول ولده الى غيره بعد الكبر لان ولاء الاب تاكد بعقل الجنائده وتاكد
التبع بتاكد الاصل فكما ليس للاب ان يتحول عنه بعد ما عقل جنائنه فكذا ليس لولده
اذا كبر والله اعلم بالصواب *

(كتاب)

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله امرء بغيره فينتقي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وبغيره سوان عند تحقق القدرة والدي قاله ابو حنيفة ر ح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعته والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقيق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما تهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على مادعي اليه من الفعل *

كتاب الاكراه

هو في اللغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه ولا يريد به والكرة بالفتح اسم منه وفي الشرع اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتقي به رضاه ثم يفسد به اختياره ان كان ملجيا والا لا يفسد ولا يزول به اهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء تحقق الخطاب الا يرى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة وبأثم مرة وبوجر اخرى وهو آية الخطاب وفي المبسوط ثم في الاكراه يعتبر معنى في المكره ومعنى في المكره ومعنى فيما اكره عليه ومعنى فيما اكره به فالمعتبر في المكره تمكنه من ايقاع ما تهدد به فانه اذا لم يكن متمكنا من ذلك فاكراهه هذيان وفي المكره ان يكون خائفا من نفسه من جهة المكره في ايقاع ما تهدد به عاجلا لانه لا يصير ملجأ محمولا طبعاً الا بذلك وفيما اكره به ان يكون متلفا او مرميا او متلفا عضوا او موجبا لما ينعدم الرضاء باعتبارها وفيما اكره عليه ان يكون المكره ممتنعا عنه قبل الاكراه اما الحق او الحق آدمي آخر او الحق الشرع وبحسب اختلاف هذه الاحوال يختلف الحكم (و)

(كتاب الاكراه)

قال واذا اكراه الرجل على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او بواجب رد اية فاكراه على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالخس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شوط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضاء فيفسد بخلاف ما اذا اكراه بضرب سوط او جرح يوم او فيديوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضرب لغت الرضاء وكذا الاقرار حجة لترجح جنة الصدق فيه على جنة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر رح لا يثبت لانه يبيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيده الملك

والاصل ان تصرفات المكروه قولاً من عقدة عندنا الا ان ما يحتمل الفسخ منه كالباع والاجارة يفسخ وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعقاق والنكاح والتدبير والاستيلاء فهو لازم فاذا عرف هذا فنقول اذا اكراه على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او بواجب رد اية فاكراه على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالخس اي المديد منه ففعل فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان الاكراه الملجي وغير الملجي يعدمان الرضاء والرضاء شرط صحة هذه العقود قال الله تعالى الا ان يكون تجارة عن تراض فان قيل الآية وان اثبت الحرمة بدون الرضاء لكن مطلق قوله تعالى احل الله البيع وحرم الربوا يوجب جواز البيع وان انعدم التراضي قلنا البيع لغة مباداة المال بالمال بالتراضي والاصل ورود الشرع على وفاق الحقيقة ولانه مخصوص فيخص بدون الرضاء فان قيل هذا بمنزلة الشرط والشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند عدمه كما في قوله تعالى من فتياتكم المؤمنات قلنا اول الآية لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل واستثنى منه التجارة بالتراضي فيبقى غيره في صدر الكلام توضيحه ان المستثنى لما كانت بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف (١)

(كتاب الأكره)

ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت المالك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع الفساد وهو الاكره وعدم الرضاء فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها الحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله تعالى عنه

التراضي وهو الكره وهذا نقوله عليه السلام لا تتبعوا الطعام بالطعام الاسواء بسواء وفي المهسوط والحد في الحبس الذي هو اكره ما يجبي الاغتنام البين به وفي الضرب الذي هو اكره ما يجدم منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزداد عليه ولا ينتقص منه لان نصب المقادير بالرأي لا يكون ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فمارأى انه اكره ابطال الاقرار به لان ذلك يختلف باختلاف احوال الناس *

قوله ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من اهله لكونه مكلنا في محله اذ الكلام فيه والفساد لفقد شرعه وهو التراضي اذ تأثير فوات شرط الجواز في افساد العقد كما في الربو فان المساواة في الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا عدم المساواة يفسد العقد ويثبت الملك للمشتري بالقبض فهذا مثله فان قيل لو كان بمنزلة البيع الفاسد وجب ان لا يعود جائزا في الاحوال كلها كما لو باع درهمين بدرهمين واشباهه قلنا بيع المكروه يشبه البيع الموقوف من حيث توقفه على اجازة المالك له والبيع الفاسد من حيث انه صدر عن المالك مع عدم شرط جوازه فمن حيث انه يشبه البيع الموقوف ففي اي وقت اجازة المالك يعود جائزا ومن حيث انه يشبه الفاسد يغيب الملك بعد القبض عملا بالشبهين وانما عملنا على هذا الوجه لانا متين اظهرنا شبه الموقوف في حق المالك ولم يوجد الملك بعد القبض لا يبقى لشبه الفاسد (عمل)

(كتاب الاكراه)

ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لغوت الرضاء ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشائخ سدر قد رح جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام على ما هو المعتاد للمحاجة اليه *

عمل فينعطل العدل بالشبهين فان قيل بيع المكروه دون البيع بشرط الخيار فالبائع هناك رضي بالسبب دون وصفه وهو اللزوم وهذا البائع غير راض باصل السبب فلما البائع بشرط الخيار غير راض بالسبب في الحال لانه علقه بالشروط فلا يتم رضاه به قبل الشرط فكان اضعف من بيع المكروه لان المكروه راض بالبيع لدفع الشر به عن نفسه غير راض بحكم السبب وهذا لانه عرف الشرين واختاراهونهما فكان قاصدا لصحة الكين لا لعينه بل لدفع الشر عن نفسه *

قوله ومن جعل البيع الجائز المعتاد اي بسمير قتيدي ونواحيها يريد بيع الوفاء وهو ان يقول البائع للمشتري بعت منك هذا بمالك علي من الدين علي اني مني قضيت الدين فهو لي **قوله** ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لان المتعاقدين وان سميا بيعا ولكن غرضهما الرهن والعبرة في العقود للمعاني فالكتالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ كقاله وهبة الحرة نفسها مع تسمية المهر نكاح والاعارة باجرة وما كان هذا كالرهن في يد المرتهن لا يملك المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكة وهو ضامن لما اكل من ثمرة واستهلك من عينه والدين سابق بهلاكه في يده اذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك من غير صنعه والمبايع استرداده اذا قضى دينه لافرق بينه وبين الرهن في حكم من الاحكام وكان السيد الامام ابو شجاع علي هذا واوصى بنيه عند موته بهذا وحين قدم القاضي الامام علي السفدي رح من بخارا بسمير قندي فاستفتى بهذا فكتب انه رهن وليس ببيع ففرح السيد الامام بموافقة فتواه وكان لا يخالفهم في زمانهم الا بعض الشاب وكان ضعيفا وسئل القاضي الامام الحسن المازندراني رح عن باع ذرة من آخري ثمن معلوم بيع الوفاء وتقابضاتم استاجرهما من المشتري مع شرائط صحة الاجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزم (الاجرة)

(كتاب الاكراه)

قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لاعلى الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكراه على الهبة وام يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللبث وزل في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع *

الاجرة فقال لا لانه عند نارهن والراهن اذا استأجر من المرتهن لا يجب عليه الاجرة بهذه الاجارة فكذا هذا ثم ممن يجعل بيع الوفاء بمنزلة بيع المكره الصدر والشهيد تاج الاسلام والامام ظهير الدين والصدر والشهيد حسام الدين رحمهم الله لان الفساد باعتبار فوت الرضاء فصارت بيع المكره ومن جعله باطلا يعتبره بالهازل ونم انه اتواضا على الهزل باصله ثم اتفقا على البناء فان البيع منعقد لان الهازل مختار راض مباشرة السبب لكنه غير راض ولا مختار لحكمه فكان كخيار الشرط مويدا وانعقد العقد فاسد اغير موجب للملك كخيار المتبايعين ابد ٩ ومشاخ سرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيد لبعض الاحكام وهو الانتقاع دون المبيع وهو البيع لحاجة الناس اليه وفي الكافي للنسفي والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظة البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكر اشرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكر اذلك في البيع وتلفظا بلنظ البيع بشرط الوفاء وتلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزم الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس *

قوله وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل يريد به ان الاصل في البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض والتوقف على القبض او الاجازة من العوارض فلم يكن الاكراه على البيع اكراه على الدفع فكان الدفع عن اختيار منه وذاد دليل الاجازة اما الهبة في اصل الوضع فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض فكان الاكراه على الهبة اكراه على الدفع نظرا الى مقصود المكره وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به لاصورة العقد (قوله)

(كتاب الاكراه فصل - نبل)

ويروى فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا يائمه عليه الحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى **إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقُلْبُهُ مَطْمَئِنٌّ** بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقته لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقته فيسعه المبل اليه **قال** فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا لان خبير رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو غيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لا عوار الدين عزيزة

غير متجانبة لانهم فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة بصنعة انها صينة او خمر وبالضرورة لا يزول ذلك اذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا يائمه بالعزيمة وجه ظاهر الرواية ان الحرمة لا يتناول حالة الضرورة لانها مستثناة بقوله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه فاما ان يقال يصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى وقد كان مباحا قبل التحريم فيبقى على ما كان في حالة الضرورة او يقال الاستثناء من التحريم اباحة واذا ثبت الاباحة في حالة الضرورة لم يكن رخصته وكان امتناعه من تناول حتى تلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلف فيائمه الا انه انما يائمه اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لمكان الاجتهاد فتعذر بالجهل كالجهل بالخطاب في اول الاسلام اودار الحرب *

قوله ويروى من النبوية وهو ان يظهر خلاف ما يضمن **قوله** الحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به روى ان المشركين اخذوه ولم يتركوه حتى سب رسول الله صلعم وذكر آلهم بخير ثم تركوه فلما اتى رسول الله صلعم قال ما وراك قال شر ما تركوني حتى نبئت منك وذكرت آلهم بخير فقال كيف تجد قلبك قال اجده مطمئنا بالايمان قال عليه السلام فان عادوا فعد الى طمانينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النبل مني وذكر آلهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله عليه السلام انه يأمر احدا بالتكلم بكلمة الشرك **قوله** لان خبير رضي الله عنه صبر على ذلك وقصته ان المشركين اخذوه وباعوه من اهل مكة فجعلوا (يعا)

(کتاب الکراہۃ..... فضائل)

بـخلاف ما تقدم للاستثناء **قال** وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على
عضو من أعضائه وسعدان يفعل ذلك لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخصصة وقد
تحققت وأصاحب المال أن يضمن المكروه لأن المكروه آفة للمكروه فيما يصلح آفة له والاتلاف من ذلك
القبيل وإن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعدان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فإن قتله كان أثماً لأن
قتل المسلم مما لا يستباح اضرورة ما فكذا بهذه الضرورة والتقصص على المكروه إن كان القتل عمداً
قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد زح وقال زفر زح يجب على المكروه وقال أبو يوسف
زح لا يجب عليهما وقال الشافعي زح يجب عليهما لزح زح إن الفعل من المكروه حقيقة وحسا

يعاقبونه على ان يذكر آلهتهم بخير ويسبب محمدا عليه السلام وهو يسبب آلهتهم ويدكر
محمدا عليه السلام بخير فاجمعوا على قتله فلما اتقن انهم قاتلوه سألهم ان يدعوه ليصلي
ركعتين فاجز صلاته وقال انما اوتخزيت لخيلا تظنوا اني اياخاف القتل ثم سألهم
ان يلقوه على وجهه ليكون ساجدا حتى يقتلوه فابوا عليه ذلك فرفع يديه الى السماء
وقال اللهم اني لا اري ههنا الا وجهه عدوفا قرأ رسول الله عليه السلام مني السلام ثم
قال اللهم احص هؤلاء عددا واجعلهم مددا ولا تبقي منهم احدا ثم انشأ يقول (شعر)
* ولست ابالي حين اقتل مسلما * * على اي جنب كان لله مصرع *
فلما قتلوه وصلبوه تحول وجهه الى القبلة وسماه رسول الله عليه السلام افضل الشهداء وقال هو
رفيقي في الجنة فهذا مبني على ان الامتناع افضل *

قوله بخلاف ما تقدم للاستثناء يعني قوله تعالى **إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ** واول الآية وما لكم ان لا تأكلوا الآية اي واي شيء عرض لكم في ان لا تأكلوا وقد فصل لكم ما حرم عليكم مما لم يحرم بقوله قل لا اجد فيما اوحى الي محرما الآية وقوله حرمت عليكم الميتة والدم اقوى وقد فصل لكم ما حرم عليكم على بناء الفاعل وهو الله عز وجل الا ما اضطررتم اليه مما حرم عليكم فانه حلال لكم في حال الضرورة لان (الاستثناء)

(كتاب الاكراه فصل - ثامن -)

وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف اليه غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه في جانب المكروه ويوجهه على المكروه ايضا لوجود التسبب الي القتل منه وللتسبب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود النصاص ولا يبي يوسف رحمه ان القتل بقي منصورا على المكروه من وجه نظرا الى التائيم واضيف الي المكروه من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحيوة فيصير آلة للمكروه فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه

الاستثناء من التحريم اباحة وامتناعه من تناول حتى يتلف كما امتناعه من تناول الطعام الحلال حتى يتلف فيكون آثما فان قيل كما استثنى حالة الضرورة في المبتة استثنى حالة الاكراه هنا قلنا ثم استثنى من الحرمة فكان اباحة لا رخصة وهذا من الغضب فينتفى الغضب في المستثنى ولا يلزم من انتفائه انتفاء الحرمة فكان رخصة وذكر في الكشف من كفر بالله شرط مبدأ وجوابه محذوف لان جواب شرح دال عليه كانه قيل من كفر بالله فعليه غضب الا من اكراه فليس عليه غضب ولكن من شرح بالكفر صدر فعليه غضب من الله *

قوله وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم اي انه ياتم اثم القتل واثم القتل على من باشر القتل وقد تحقق الفعل منه حقيقة وحسا فاذا تحقق منه الفعل يؤخذ بفعله الا اذا سقط حكم فعله واضيف اليه غيره شرعا كما في الاكراه على اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف اليه غيره وهنا لم يسقط فيتقرر عليه **قوله** وللتسبب في هذا اي في القتل حكم المباشرة عنده كما في حد قطاع الطريق يجب على الردء الولاء بالتسبب وكما في شهود النصاص عنده فان الشاهد ين لو شهدا على رجل بالقتل العمد نص المشهود عليه ثم جاء المشهود به حيا يقتل الشاهدان عنده **قوله** نظرا الى الحمل اي في اثاره **قوله** ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحيوة فيصير آلة للمكروه وذلك لان الآلة هي التي تعمل بطبعها (كالسيف)

(كتاب الاكراه فصل)

ولا يصلح آله في الجنابة على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكروه في الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هذا **قال** وان اكراه على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر في الطلاق **قال** ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آله له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريم الى الحرية او لتعلق حق الغير

كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله وكالتار فان طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق واذا كان كذلك ففني الجري عليه بموجب الطبع مشابهة بالآلة واستعمل القاتل آله التي هي السيف في شخص ظلما فقتله يجب القصاص على القاتل فكذا يجب القصاص على المكروه ههنا لكون المكروه آله *

قوله ولا يصلح آله في الجنابة على دينه لانه اكرهه على ان يجني على دينه ولو انتقل ذلك الى المكروه لتحقق خلاف المكروه وبطلان الاكراه وعود الفعل الى المحل الاول **قوله** كما يقول في الاكراه على الاعتاق يعني الاعتاق مقصور على المكروه من حيث التلظيه وحصول العتق في المحل حتى كان الولاء له لانه لم يصلح آله للمكروه بهذا الاعتبار ومن حيث اتلاف المالمية يضاف الى المكروه حتى يكون ضامنا للمالمية وكذا اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكروه من حيث الاتلاف حتى يكون ضامنا ولا يقتصر على المجوسي في حق الذكوة حتى يحرم الذبيحة لانه صلح آله للمشير في حق الاتلاف دون الذكوة لان الحرمة يحتمل فيها **قوله** لان السعاية انما يجب للتخريم الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة رح فان المستسعي كالمكاتب عنده وتعلق حق الغير كما هو مذهبهم لان عبدهما انما يجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لوجبت لتعلق حق المعتق لانه لا حق هنا لغير المعتق ولا نظيره في الشرع وقوله لتعلق حق الغير للاحتراز عن المريض بعتق عبده (و)

(كتاب الاكراه فصل ———— ل)

ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكروه على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه *

قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكروه بما انزله من المنفعة لان ما عليه كان على شرف الاستوطان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق بكان اتلاف للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكروه من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه موثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وعليه دين فهناك يجب السعاية لحق الغرماء وكذلك الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعاية على العبد لحق المرتهاين *

قوله ولم يرجد واحد منهما ولا يلزم على قولهما اعتاق السفينة المحجور حيث يعتق ويجب السعاية على العبد لانه تعلق به حق المحجور نظر الله ولا يستوفي حقه من محل آخر بخلاف المكروه فانه غير محجور **قوله** بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تأكد بالدخول اي لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وانه ليس بمال فلا يضمن بالمال لانه لا مماثلة بين ما هو مال وما ليس بمال متقوم وتقومه عند التملك بالنكاح لاظهار خطر المهور وهذا الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه الاترى ان ازالة الملك بغير شهود وبغير ولي صحيح فلا حاجة الى اظهار الخطر عند اتلاف الملك فلهذا لا يضمن المتلف شيئا ولهذا لا يوجب غنى شاهدى الطلاق بعد الدخول ضمانا عند الرجوع ولا على المرأة اذا ارتدت بعد الدخول ولا على القاتل لمنكوحته الغير **قوله** ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل جاز استحسانا ونفذ تصرف الوكيل والقياس ان لا يصح الوكالة مع الاكراه لان الاصل ان كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الاكراه وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الاكراه لانهما ينفيان الرضا والوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يوجب فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها من الاسقاطات اذا موكل يسقط حقه بالتفويض اليه فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل *

(قوله)

(كتاب الاكراه فصل)

ويرجع على المكروه استحسانا لان مقصود المكروه زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكروه بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعملان فيهما الاكراه لعدم احتماليهما الفسخ والرجعة والايلاء والفئ فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانب طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكبرها على الخلع دونها لزمه البدل لرعاها بالالتزام **قال** وان اكراهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود

قوله ويرجع على المكروه استحسانا اي يرجع المبكره بنصف المهر وقيمة العبد على المكروه استحسانا والقياس ان لا يرجع عليه لان الاكراه وقع على التوكيل وزوال الملك لا يثبت به اذا الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف الاضرار اليه كما اذا شهد شاهدان ان فلانا وكل بعث عبدا فاعتقه ثم رجعا فانهما لا يضمنان وجه الاستحسان ان غرض المكروه زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه **قوله** والنذر لا يعمل فيه الاكراه حتى لو اكراهه بوعبه تلف على ان يوجب على نفسه صدقة او صوما او حجاما شيئا يتقرب به الى الله تعالى ففعل لزمه ذلك وكذا ان اكراهه على اليمين بشيء من ذلك او بغيره لان النذر مما لا يلحقه الفسخ لانه يمين لقوله عليه السلام النذر يمين وهي مما لا يحتمل الفسخ وما لا يؤثر فيه النسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالعتاق وهذا لان اثر الاكراه في فوات الرضا واثرة في عدم لزوم واثرة في حق الفسخ فما لا يحتمل الفسخ لا يثبت فيه اثر الاكراه فلا يؤثر فيه الاكراه **قوله** لانه لا مطالب في الدنيا فلا يطلب به فيها وذلك لانه اوجب عليه حكما يطالب به في الآخرة ولا يظهر اثره في الدنيا من حيث الالتزام فلو اوجبنا عليه الضمان لآخذة الحاكم وحبسه فيه فيكون زائدا على ما اوجبه وهذا لا يجوز **قوله** الا ان يكرهه السلطان اي حينئذ لا حد (على)

(كتاب الاكراه فصل)

قال وإذا أكره على الردة لم تبين امرأته مندلان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللغز غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان انقول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه ما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلم ولا يعاين وهذا بان الحكم ما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقدده فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى حكم بسلامه ثم رجع لم ينتل لتسكن الشهية وهي دائرة للقتل ولو قال الذي أكره علي اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت باننت منه حكما لاديانته لانه اقربانه طائع باتيان مالم يكفر عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى باننت ديانته وقضاء لانه افرانه مبتدى بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره

على المكروه اذا زنى وهذا الذي ذكره قوله الآخر وما في قوله الاول يجب الحد على المكروه اذا زنى وان كان المكروه سلطانا وهو قول زفر رجع وقال احد عليه اذا كان المكروه سلطانا * **قوله** والقول قوله استحسانا قيد به لان في القياس القول قول المرأة حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البيئونة كالفظ الطلاق ويستري في ذلك الطائع والمكروه ووجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوع للفرقة وانما يقع الفرقة باعتبار تبدل الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تبدل الاعتقاد فلا يقع الفرقة **قوله** ولو قال الذي أكره علي اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت باننت منه حكما لاديانته لانه اقربانه طائع باتيان مالم يكفر عليه لانه اكره علي انشاء الكفر والاخبار غير الانشاء وهو طائع فيه ومن اقرب الكفر فيما مضى طائعا ثم قال صبت به كذبا لا بصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين ربه لانه نوى ما يحتمل لفظه **قوله** وحكم هذا الطائع ما ذكرنا اشارة الى قوله باننت منه حكما لاديانته **قوله** ولو قال اردت ما طلب مني اي الانشاء وقد خطر ببالي الخبر عن ماض باننت منه ديانته (قضاء)

(كتاب الاكراه فصل)

وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام بانته منه قضاء لاد يانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانته منه قضاء لما صر وقد بررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي والله اعلم *

وقضاء لانه بعد ما خطر بباله قد تمكن من الخروج مما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة تنعدم بهذا التمكن فاذا لم يفعل ذلك وانشاء الكفر كان بمنزلة من اجراً كلمة الشرك طاعاً وذلك لانه لما خطر بباله الاخبار بالمكفر كان بايمكته التخلص عما اكره عليه باقل مما اكره عليه وهو الاخبار عن الكفر في الماضي كان بادون الانشاء لان الانشاء كفر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى والاخبار عن الكفر كان في الماضي كفر في القضاء وما في ما بينه وبين ربه فليس بكفر ومنى امكن للمكره دفع ما اكرهه عليه باقل مما اكره عليه فان ياتى بالزيادة يجعل طاعاً في الزيادة لانه لا حاجة الى الزيادة فقد انشأ كفراً طاعاً فيحكم بكفره في القضاء وفيما بينه وبين ربه بخلاف ما اذا لم يخطر بباله الاخبار عن الكفر فيما مضى بالكذب لان هناك لا يمكن دفع الاكراه الا بعين ما اكرهه عليه ويجعل مكرها والمكره على انشاء الكفر لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه وهو الوجه الثالث وهو ان يقول لم يخطر بباله شيء لكن كفرت بالله كفراً مستقبلاً وقلبي مطمئن بالايمان فلا تبين منه امرأته استحساناً لانه لم يخطر بباله سرى ما اكره عليه فكانت الضرورة محتقة ومع تحقق الضرورة يرخص له في اجراء كلمة الشرك مع طمأنينة القلب بالايمان *

قوله وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب اي على السجدة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي بانته منه قضاء لاد يانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي بانته ريانة وقضاء لانه يمكن دفع ما اكره عن نفسه لانه لما خطر بباله شتم محمد غير النبي قد وجد مخرجاً عما ابتلي به ثم لما ترك ما خطر على باله وشتم محمد النبي عليه السلام (كان كافراً)

(كتاب الحجر)

كتاب الحجر

قال الاسباب الموحنة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلتقصان عقله غير ان اذن الوالي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بنوات حته وأجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فإهل في نفسه واصمى ترتقب اهليته فلهذا وقع الفرق *

كان كافرا وان وافق المكروه فيما كرهه لانه وافقه بعد ما وجد المخرج عما ابتلي به فكان غير مضطر في موافقته ومن شتم محمدا النبي من غير اضطراب كان كافرا قال في المبسوط وهذه المسئلة تدل على ان السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر وان لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب اوسب محمدا وقلبه مطمئن بالايمان لم تبس تنكوحته لا قضاء ولا ديانته لانه فعل مكروه لانه تعين ما اكراه عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه اذ لم يخطر بباله غيره *

كتاب الحجر

هو في اللغة المنع ومنه سمي الحطيم حجر الا انه منع من الكعبة وسمي العقل حجر الا انه يمنعه من القبائح قال الله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر اي لذي عقل وفي الشرع منع من التصرف قولا بصغر ورق وجنون فالله تعالى خلق الورى على تفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم ذوى النهى ومنه اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل والصبي فانبت الحجر على هؤلاء نظرا فلا يجوز تصرف الصغير اي لا ينفذ **قوله** ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب اي الذي لا يفيق اصلا **قوله** بحال اي في جميع الاحوال **قوله** كيلا يتعطل منافع عبده يعني لو لم يثبت الحجر انفاذ البيع الذي باشره وكذا الشراء فيلحقه ديون فيأخذ ارباب الديون اكسابه وهي منفعة المولى فيتعطل منفعه (قوله)

قال ومن باع من هؤلاء شيئا واشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازة اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع لوجود ركن العقد فينقصد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المنفعة وهو المعتوه الذي يصلح وكيله عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشرة نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد نفاذ العدم الاهلية او ضررا لولي فوقفناه **قال** وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لو حردها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها بوجودها بالشرع **قوله** ومن باع من هؤلاء شيئا واشترى وهو يعقل البيع ويقصده المراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يحسن ويفيق وهو المعتوه الذي يصلح وكيله عن غيره وهو قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المنفعة لا الذي ذهب عقله فان تصرفه لا يصح وان لحقه الاجازة لعدم الانعقاد بقوله يعقل البيع ان يعرف ان البيع جالب للثمن سائب للمبيع والشراء بعكسه بقوله ويقصده ان يقصده اثبات الحكم وفيه احتراز عن الهازل فانه لا يقصد حذمه وهذا لان التوقف في تصرف العبد لحق المولى وفي الصبي والمجنون لحقهما فيتحرى المصلحة في تصرف هؤلاء ولا بد ان يعقلا البيع ليتحقق ركن البيع فينقصد موقوفا على الاجازة فان قيل التوقف يستقيم في البيع اما الشراء فلا يتوقف بل ينفذ على المباشرة قلنا الشراء اذا وجد نفاذا على المباشرة ينفذ عليه كالفضولي اذا اشترى مال انسان لاخر فانه ينفذ عليه ولا يتوقف اما اذا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية كما في الصبي والمجنون او ضرر المولى كما في العبد فيتوقف **قوله** وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال حتى اوجب التوقف في الاقوال التي ترد بين النفع والضرر كالبيع والشراء واجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم اقوال تمحض ضررا كالطلاق والعاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يمكنه الطلاق **قوله** لا مرد لها الوجودها حسا ومشاهدة فانه اذا قتل اننا وقطع يده او اراق (شيئا)

(كتاب العجر)

والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرج بالشبهات كالحدود والتصاص فيجعل
عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون **قال** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما
ولا اقرارهما لما بينهما ولا يقع طلاقهما ولا اعترافهما بقوله عليه السلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي
والمعتوه والاعتق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة
ولا وقوف الولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته
ولا ينفذان بمباشرة بخلاف سائر العقود وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف
عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانتلاب الثائم عليه

شيئا لا يمكن ان يجعل القتل والارتطع والاراقة كعدم لانه يودى الى ان لا يكون المقتول
والمقتوع والمراق مقتولا ومقتوعا ومراقا وهو خول في السوفسطائية وانكار الحقائق
بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع اما الانشآت فظاهر اذا التخليق والاعتاق والبيع
والهبة ونحوه لا يوثق في المحل حيا وانما صار المحل محررا ومحررا ومملوكا بالشرع واما
الاخبارات كالاقرار والشهادات فموجبها عرفت شرعا لانها دلالات على المخبر منه
فيجوز ان لا يقع دلالة لانها تحتل الصدق والكذب بذاتها *

قوله والقصد من شرطه اى القصد شرط اعتبارها موجودة اذا الكلام المعتبر ما يكون موجودا بصورته
ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالتصده وهو يكون بالعقل ولا عقل للصبي والمجنون فلا يكون
لهما قصد واعتبار الفعل لا يتوقف على القصد فالثائم اذا انقلب على مال انسان واتلفه يضمن
وان عدم القصد الا اذا كان القصد فعلا يتعلق به حكم يستط بالشبهات كالحدود والتصاص
فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا
والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والتصاص بالقتل **قوله** الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم
يندرج بالشبهات استثناء من قوله لانه لا مرد لها **قوله** ولا وقوف للولي على عدم التوافق
على اعتبار بلوغه حد الشهوة اى لا وقوف للولي على مصلحة الطلاق لان ذابغتمد (العلم)

(كتاب الحجر)

والحائظ المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه **قال** فامّا العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مدّلاه رعاية لجنابته لان نفاذه لا يعري من تعلق الدين برفقته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله **قال** فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولا يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقي على اصل الحرية في حق المولى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا وتولاه عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه فكان اهلاً وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منفعه فينقذ والله اعلم بالصواب *

العلم بتبائن اخلاقهما وتناظر طباعهما اذا بلغ الصغير حد الشهوة ولا علم للمولى بذلك بخلاف سائر العقود لا مكان وقوفه على المصلحة *

قوله والحائظ المائل بعد الاشهاد الحائظ اذا ائلف به شيء يضمن صاحب الحائظ وان عدم القصد من صاحبه في سقوطه **قوله** بخلاف القولي على ما بيناه اي من ان القصد من شرطه **قوله** لانه مبقي على اصل الحرية في حق الدم لان الحدود والقصاص من خواص الآدمية وهو ليس بمملوك من حيث اندامي وان كان مملوكاً من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بهما فاذا بقي على اصل الحرية فيهما ينقذ اقراره فيهما لانه اقرب ما هو حقه وبطلان حق المولى ضمنى فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا لم يبق على اصل الحرية فيهما يكون هذا اقراراً لا اقراراً بالعبد ولان قوله تعالى بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ يقتضي ان يصح ولا يقال انه خص عنه الاقرار بالمال لان النص لم يتناول اقراره بالمال يلاقي حق الغير والنص يتناول الاقرار على نفسه فان قيل يحمل النص على الحر دفعاً للتعارض قلنا يحمل الاثر على غير هذه الصورة دفعاً للتعارض **قوله** وينفذ طلاقه لما روينا اراد به ما ذكر قبيل هذا وهو كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه والله اعلم بالصواب *

(باب)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبدرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبدر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتيال التبذير وفي حقه حقيقة ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يقيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولا يبي حنيفة رحمه الله

باب الحجر للفساد

اعلم ان الحجر عند ابي حنيفة رحمه الله على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والغفلة وعندهما يجوز بغير الفسق وعند الشافعي رحمه الله يجوز بالكل وانما يصح الحجر عندهما في تصرفات لا يصح مع الهزل والاكره كاليبيع والاجارة والهبة والصدقة وما يحتمل الفسخ وكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعناق والنكاح لا يجوز الحجر فيه اجماعا وكذا الاسباب الموجبة للمعتوبة كالحدود والتصاص والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجج والسفه من عاداته التبذير والاسراف في النفقة وان يتصرف بتصرفات لا لغرض او لغرض لا يبعد العقل من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنين واللعايبين وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن في التجارة من غير محمدة واصل المسامحة في التصرفات والبر والاحسان مشروع الا ان الاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا * قوله يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة بان يحرق ماله او يلقيه في البحر وما اشبه ذلك قوله ولهذا منع عنه المال اجمعوا على انه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة فاذا بلغ لا يمنع منه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ما دام المنع مادام السفه * (قوله)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

انه مخاطب عاقل فلا يتحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهايم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر زعم كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتى الما جن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى

قوله لانه مخاطب في هذا الوصف اشارة الى اهلية التصرف لان التكليف يقتضي التمكّن من الاستيفاء جريا على موجب التكليف والاستيفاء انما يكون بالوصول الى الاموال وذلك بالتمايك والتملك وبالعقل يثبت اهلية التمييز والشرع جعل الرشد سبيل من التصرفات تملكا وتملكا لهذا المعنى وانه موجود في حق السفه لانه مكلف عاقل كالرشيد فكان بسبيل منه **قوله** فلا يتحمل الاعلى انى الحجر لدفع الادنى وهو التبذير وهذا لان نعمة المال نعمة زائدة واطلاق اللسان نعمة اضليّة لان الادمي انما يارق سائر الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات **قوله** كالحجر على المتطبب الجاهل فانه يسقى الناس في امراضهم دواء مهلكا وهو يعلم بذلك او لا يعلم **قوله** والمفتى الما جن الذي لا يبالي ما صنع وما قيل له ومصدره المجنون والمجانة اسم منه والفعل من باب طاب كذا في المغرب وفي الذخيرة المفتى الما جن هو الذي يعلم الناس الحيل الباطلة بان يعلم المرأة حتى ترد فتبين من زوجها ويعلم الرجل ان يرتد فيستطع منه الزكوة ثم يسلم ولا يبالي ان يحرم حلالا او يحل حراما فضرر هذا متعدد الى العامة **قوله** والمكاري المفلس هو الذي يتقبل الكرا ويوادر الابل وليس له ابل ولا غيرها يحمل عليه ولا مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويتصرف هو ما اخذ منهم في حاجته واذا جاء او ان الخروج يخفي هو نفسه فيذهب اموال الناس وربما يصير ذلك سببا لتقاعدهم عن الخروج الى الحج والغزو وفساد هذا الشخص متعدد ايضا والحاقي الضرر الخاص لدفع ضرر العام جائزا ما ضرر المحجور المختلف فيه غير متعدد بل يقتصر عليه فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء فجواز الحجر (في)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز
عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظره الشرع مرة باعطاء آية القدرة والجري على خلافه
اسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد
قال واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز
لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المتضي له والمقضى عليه

في حق هؤلاء لا يدل على جواز الحجر في المختلف فيه فان قيل جعل الله تعالى لنفسه
ولما قوله تعالى فليملل وليه بالعدل قلنا السفيه هو المجنون عنده وعليه كثير من اهل التأويل *
قوله ولا يصح القياس على منع المال هذا جواب عن قولهما وايضا منع عند المال اي اذا بلغ
سفيهها يمنع عند المال بالاتفاق **قوله** لان الحجر ابلغ منه في العقوبة اي لان الحجر عن التصرف
اباغ من منع المال من يد في العقوبات لان نعمة اليد على المال نعمة زائدة واطلاق اللسان واعتبار
البيان نعمة اصلية فبيان جواز الحاق ضرر بسير وهو يمنع عن المال بتقويت نعمة زائدة لا يستدل على
جواز الحاق الضرر العظيم به بتقويت النعمة الاعلى **قوله** لانه عاجز عن النظر لنفسه يعني ان الصبي
ما كان يعجز عن النظر لنفسه مست الحاجة الى صبر ورة الغير وليا له فيصير الصبي موليا عليه
والمولى عليه لا يلى التصرف اما السفيه فتاد على النظر لنفسه لا ند على له آية القدرة من العقل
والمبلغ وان كان يعدل عن سنن العقل **قوله** ومنع المال مفيدنا جواب عن قولهم انه هو لا يفيد
قوله لان الحجر منه فتوى هذا جواب عما يقال تصرف المحجور بالسند بحكم القاضي ينبغي
ان لا ينفذ اصلا عند ابي حنيفة ر ح ولا يكون لقاض آخر ان يبطل الحجر لان القضاء الاول
لا تى محل الاجتهاد فلا يقبل التقضي لما عرف فاجاب ان القضاء منه يكون فتوى وليس
بقضاء وهو على قول محمد ر ح ظاهر لانه كان محجورا قبل قضائه حتى كان مفسدا لما له وعند
ابي يوسف ر ح وان كان يحتاج فيه الى حكم الحاكم لكن هذا قضاء من وجه لانه يثبت بتقضائه
ما لم يكن ثابتا ولكنه فتوى من وجه لانه لم يوجد شرائط القضاء وهو المقضى له والمقضى عليه (و)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

ولو كان قضاء نفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقتضى بطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لانصال الامضاء به فلا يقبل التنازع بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة ربح اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فان بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقال لا يدفع اليه ماله ابد حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفة فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان منع المالك عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة للمنع فتزوم الدفع والدعوى والانكار حتى او وجد الدعوى والانكار بان تصرف بعد الحجر فرفع الى قاض وجرت الخصومة بينه وبين عاقدة فقتضى القاضي عليه بابطال التصرف وصحح الحجر فانه يصير منتقا عايد فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك ونظيره القاضي اذا قضى بجواز بيع ام الولد قبل وجود الخصومة في ذاك لا يصير منتقا عليه لانه قترى وبعد الخصومة صار منتقا عليه *

قوله ولو كان قضاء يعني ولئن سلمنا ان حجر القاضي قضاء بان يجعل السفيد مقضيا له من حيث ان الحجر ما ثبت الا نظر الله والقضاء بالحجر يقع عليه فيجعل مقضيا عليه فاذا وجد المتضي له والمتضي عليه عند اختلاف الجهة يكون قضاء ولكن نفس القضاء مختلف فيه وقضاء القاضي بالمختلف انما يرفع الخلاف اذا لم يكن نفس القضاء مختلفا فلا بد من قضاء آخر لنفاذ هذا القضاء .
قوله ولا يبي حنيفة ربح ان منع المال عنه بطريق التاديب يعني ان منع المال عنه على طريق مشائخنا ثبت بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له عن التبذير والعقوبات مشروعة بالاسباب الحسية فاما اهدار القول في التصرفات بمعنى حكمي والعقوبات بهذا الطريق غير مشروعة كالحدود ولا بدخل عليه اسقاط شهادة القاذف فانه متمم حدة عندنا لا نأنتول انما كان كذلك لكونه تابعا لما هو حسي وهو اقامة الحد لا مقصودا بنفسه **قوله** الا ترى انه يصير جدا في هذا السن وذلك لان ادنى مدة البلوغ في حق الغلام اثنتا عشرة سنة ثم يولد له ابن لسته اشهر (لان)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

ولان المنع باعتبار اثر الصباء وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة ربح لو بلغ رشدا ثم صار سقيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصباء في الآية اتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعند هذا لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفير التائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازة الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا لا فيتحري المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعتل البيع ويتصدده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف ربح لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائريين الضرر والظرو الحجر لظرو فلا بد من فعل القاضي وعند محمد ربح لا يجوز

لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ثم يبلغ ابنه باثنتي عشرة سنة ثم يولد له ابن لسته اشهر فيصير جدا بعد خمس وعشرين سنة ولو فوضا مقام الابن البنت تصير جدة في اثنتين وعشرين سنة لان ادنى مدة بلوغ البنت تسع سنين لكن هذا الذي ذكره عام في الذكور والاناث ولما صار جدا صار فرعه اصلا فكان الجدة متناهيا في الاصلالة ناذ الم يونس رشده في سن تناهت اصلاته عرفنا انه انقطع رجاء التأديب منه فلا معنى لمع المال عنه بعد ذلك اذا المنع كان للتأديب وهو لم يبق محلا للتأديب في حق ماله *

قوله ولان المنع باعتبار اثر الصباء وهو في اوائل البلوغ لان اول احوال البلوغ قد لا يفارقه السفد باعتبار اثر الصباء وبقاء اثره كبقاء عينه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق اثر الصباء وحدث ضرب من الرشد لا مجال له لانه حال كمال له فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين وقال اهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين فقد بلغ رشده ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمانى عشرة سنة فقد زامدة القرب منه بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما اشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله مروا صبيا نكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا **قوله** دائريين الضرر والنظر لانه لما نفذ الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر فبقي ملكه كما كان ففي ابتداء الملك له نظرو في اهدار قوله ضرر ومثل هذا الا يرجح احد الجانبين منه الا بقضاء القاضي توضيحه ان السفه ليس بشيء محسوس (و)

(كتاب الحجج باب الحجج للفساد)

لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصباء وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبده فغذ عتقه عندهما وعند الشافعي رج لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجج وما لا فلا لان السفه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام المعتلة لا تباع الهوى ومكابرة العقل لا نقصان في عقله فكذلك السفه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجج بسبب السفه بمنزلة الحجج بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجج لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجج على المريض وعن محمد ر ج انه لا يجب البسعية لانها لو وجبت انما تجب حق المعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق واود بر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته

وانما يستدل به بان يغيب في التصرفات وقد يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهدين

فاذا كان محتلا منردا لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي *

قوله لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه والفرق لمحمد ر ج بين حجر السفه حيث لا يتوقف على القضاء وبين حجر المديون حيث يتوقف على قضاء القاضي هو ان حجر السفه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لاحق الغير فاشبه الجنون وتم ينحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا ههنا واما الحجج بسبب الدين ليس لمعنى فيه بل لاحق الغرماء حتى لا يتلق حقهم بتصرفه فيتوقف على قضاء القاضي لان له ولاية عليه فيعمل حجة فاما الغريم فلا ولاية له فلا يجوز حجة **قوله** لان السفه في معنى الهازل فان قيل ان السفه لما كان بمنزلة الهازل والهازل اذا اعتق عبده لا يجب السعاية على العبد فينبغي ان يكون السفه كذلك قلنا الحجج على السفه للنظر والنظر في السعاية ولا كذلك الهازل لانه ليس بمحجور **قوله** والاصل عنده اي عند الشافعي ر ج ان الحجج بسبب السفه بمنزلة الحجج بسبب الرق حتى لا ينفذ (بعد)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

الا انه لا يجب السعاية مادام المولى خيالا انه باق على ملكه واذا مات ولم يرئس منه الرشد
سعى في قيمته مدبرا لانه عتيق بدوته وهو مدبر نصاركما اذا اعتقه بعد التديير ولو جاءت جاريته بولد
فدعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرار الجارية ام ولد له لانه محتاج الي ذلك لابقاء نسله
فالحق بالمسلم في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على
بيعها وان ماتت شعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف
الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى والد جاريته فهو على هذا التفصيل *

قال وان تزوج امرأة حارثك حها لانه لا يورث فيه الهزل ولانه من حوائج العلية وان سمي لها
مهر اثار من مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفصل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام
بالتسمية ولا نظره فيه فلم تصح الزيادة فصارك بالمريض مريض الموت ولو طلقها قبل الدخول بها
وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة اي مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة
بعد الحجر شيء من تصرفاته الا المذوق كما يروق بوجهه ان اسفلا يزيل الخطاب ولا يخرج
من ان يكون اهلا للترامه العتوبية باللسان باكتساب سببها او بالاقرار بها بمنزلة الرق فكما
ان بالرق لا ينفذ شيء من تصرفاته سوى الطلاق فكذلك بعد الحجر بسبب السفه قلنا
لا يجوز ان يجعل هذا نظير الحجر بسبب الرق لان ذلك حجر لحق الغير في المحل الذي
يلاقيه حتى ان فيما لاحق للغير فيه يكون نافذا كاقتراره بالحد والتصاص *

قوله الا انه لا يجب السعاية مستثنى من قوله فيعتبر بحقيقته اي بحقيقة اعتاق المحجور بسبب
السفه يجب السعاية ولا يجب السعاية على مدبرة في التدبير مادام المولى خيالا انه
بعد صحة التدبير مال مملوك له يستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه لما
بقي على ملكه والمولى لا يستوجب على ملكه دينا تعذرا ايجاب نقصان التدبير عليه
الا ترى انه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صم التدبير ولا يجب المال **قوله** ونظيره المريض
اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل المريض المديون اذا ادعى ولد جاريته اي قال
لامته هذه ام ولدي ان كان معها والد لا تسعى في قيمتها للغرماء وان لم يكن معها سعت (في)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

اوكل يوم واحدة لما بينا **قال** ويخرج الزكوة من مال السفيد لانها واجبة عليه وينتق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والاتفاق على ذي الرحم واجب عليه حق القرابة والسفد لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيت لكونها عبادة لكن يبعث صينامعه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفها لانها ليست بعبادة فلا يحتاج الي نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر بيمينه وظهارة بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحها هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله **قال** فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها اليه ثمة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه في جميع قيمتها للغرماء وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في ابطال حق الغير فكذلك في دفع حكم الحجر عن تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لانه لا شاهد لها هنا فافرارها بحق العتق بمنزلة اقراره بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك ويسعى في قيمتها بعد موته كمالواعتقها *

قوله اوكل يوم واحدة يعني لو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها هكذا يفعل مرارا من غير حصر فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل ويبطل الزيادة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه من ضرورات الكاح وبهذه المسئلة احتج ابو حنيفة ر ح انه لا فائدة في الحجر عليه لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه فانه يتلف ماله بهذا الطريق بان يتزوج كل يوم امرأة ويطلقها فيجب عليه مقدار مهر مثلها فتأخذ امرأة منه ذلك المقدار جبرا فيتلف ماله بهذا الطريق انا عجز عن اتلافه بطريق البيع والهبة بل هذا اضربه من اتلاف ماله بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزوج والطلاق **قال** عليه السلام لعن الله كل ذواق بطلاق **قوله** بل يكفر بيمينه وظهارة بالصوم لان يده متصورة عن ماله فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله وبمنزلة من يكون له دين على انسان او غصب غاصب من يده وهو ما كان يعطيه فله ان يكفر بالصوم * (قوله)

(كتاب الحجر باب الحجر للفساد)

ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لا خلافا للعلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القرآن لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزور وبقرة فان مرض واوصى بوصا يافى القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثة لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهي **قال** ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والتسقى الاصلي والطاري سواء وقال الشافعي ربح يحجر عليه زجره وعقوبة عليه كما في السفينة وهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولما قوله تعالى فان استم منهم رشد فادفعوا اليهم اموالهم الآية وقد اونس منه نوع رشد فتناول النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي ربح بسبب الغفلة وهوان يغيب في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له *

قوله ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا في القياس لا يعطي له نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع فصار كما لو اراد الخروج للحج تطوعا بعد ما حج حجة الاسلام وجه الاستحسان ان العلماء اختلفوا في فرضية العمرة فلا يمنع منها احتياطا **قوله** ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف القارن يلزمه هدي ويجزيه الشاة عندنا ولكن البدنة فيه افضل وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول لا يجزيه الابدنة وهي بقرة او جزور فهو اذا ساق البدنة فقد قصد به التحرز عن موضع الخلاف واخذ بالاحتياط في امر الدين واراد ان فعله اقرب الى فعل رسول الله عليه السلام فلا يمنع عنه **قوله** وقد اونس منه نوع رشد وهو الاصلاح في المال فتناول النكرة المطلقة وهي في قوله تعالى وان استم منهم رشداً والنكرة في موضع الاثبات بخص واذا وجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه ولان الرشد في المال مراد اجماعا فلا يكون الرشد في الدين مرادا كيلا يعم النكرة المطلقة اولان الدفع معلق باینس رشدا واحدا لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد في الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا برشدين **قوله** بسبب الغفلة وهوان يغيب في التجارات فان قيل ينبغي (ان)

فصل في حد البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح و قال ارح اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن فى التاسع عشر سنة ويتم له ثمانية عشر سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض فى اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الغاشية فى ان البلوغ لا يتأخر فیهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثمانى عشر سنة هكذا قاله ابن عباس رضى الله عنه وتابعه الثننى وهذا اقل ما قيل فيه فبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاثنا عشر نسوهن وادركهن اسرع ففقتصنا فى حقهن سنة

ان لا يحجرا لان النبي صلى الله عليه وسلم ما حجرا على حبان بن منقذ وكان يغيب فى التجارات قلنا لما الحق المغنل فى التجارة بالسفيه بدلالة النص اذ الحكم فى السفیه ثابت بالنص وهو قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالهم لم يعارضه خبر الواحد والله اعلم بالصواب *

فصل فى حد البلوغ

قوله وقال اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وفى الكافى للعلامة النسفى والسن الذى يحكم ببلوغ الغلام والجارية اذا انتهيا اليه خمس عشرة سنة عند ابي يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله وهو رواية عن ابي حنيفة رح وعليه الفتوى **قوله** وهذا اقل ما قيل فيه اى فى الرشد وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون سنة **قوله** فبنى الحكم عليه للتيقن (به)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لامحالة **قال** واذا راق الغلام
والجارية الحلم واشكل امرهم في البلوغ يقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه لا يعرف
الامن جهتهم ما ظهر اذا اخبراه ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحبس *

باب الحجر بسبب الدين

قال لو ديفه روح الاحجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والحجر
عليه حجر عليه لان في الحجر اهدار اهلته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فان كان له مال لم يتصرف
فيه احكام لانه نوع حجر ولا نه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه اذا احتج
بيعه في دينه اداء الحق الغرماء ودفع الظلمه ونالا اذا اطلب غرماءه اتلس الحجر عليه حجر القاضي
عليه ومنعه من البيع والتصرف والامر ارحى لا يضر الغرماء لان الحجر على السفيد انما يجوزناه
نظر الله وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجى مالد فيفوت حقهم ومعنى قوله ما منعه من البيع
ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بشئ المثل لا يطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه *

به فان قيل ينبغي ان يقال بالاكثر لانه المتيقن اذا لادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا
اول الاية ولا تقربوا مال اليتيم ان الله مد الحكم الى غاية الاشد واول ما قيل في تفسيره ثمانى
عشرة سنة وهو المتيقن اذا لومد الى اقصاه لا بد وان يمتد الى ثمانى عشرة ولومد اليها لا يكون
ممتدا الى اقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليه فيبنى الحكم عليه *

قوله لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لامحالة اي زناسته في حق
الغلام متوافق فصل من فصول السنة مزاجه فيقوي مزاجه **قوله** واذا راق الغلام والجارية
يقال راقه اي دنا منه رهقا ومنه اذا صلى احدكم الى ستره فليرهقها وصبي مراق
مدار للحكم كذا في المغرب والله اعلم بالصواب *

باب الحجر بسبب الدين

قوله لانه عساه يلجى ماله بان يوضع احد اعلى ان يقرله بالمال عند الناس ولا يطالبه ذلك
الرجل بالمال فيفوت حق الغرماء او يبيع ماله تلجئة مرم عظيم لا يمكن الانتزاء مرم يده (قوله)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لا يفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع نائب القاضي منابه كما في الحب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الحب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرا رايهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المدينون فلا يكون مشروعاً **قال** وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغرامره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة راح استحسان وانقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبراً وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عدلاً بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بضمورها واعيانها اما النقود فوسائل فافتراقا وبيع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ باليسر فاليسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المدينون ويترك عليه دست من ثياب بدنه وبيع الباقي لان بد كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملابس *

قوله كما في الحب والعنة المحبوب اذا ابيى ان يفارق امرأته نائب القاضي منابه في التفريق والعين بعد مضي المدة اذا ابيى ان يفارق امرأته نائب القاضي منابه ايضا في التفريق **قوله** والحبس لقضاء الدين الى آخره هذا اجاب عما قاله لا البيع مستحق عليه حتى يحبس لاجله فاجاب ان الحبس لقضاء الدين بأي طريق شاء واراد الا لاجل البيع كما زعم كيف ولو صح البيع من القاضي مال المدينون لكان الحبس اضرا راي في حق الدائن بتأخير حقه الى زمان تحقق امتناع المدينون عن البيع وفي حق المدينون بتعذيب الحبس فوجب ان لا يكون مشروعاً اذا حبس المدينون ما شرع الا تنفع الدائن والحبس مشروع اجماعاً فدل ذلك على انه ليس للقاضي ولاية البيع وهذا لا يتقلب (لان)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

قال فان افر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقتهم بالاقرار اغبرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا يرد له ولو استفاد ما لا آخر بعد الحجر فذاقراره فيد لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر

قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه ممن يجب نفقته عليه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق المغمراء ولانه حق ثابت لغيره فلا يطله الحجر ولهذا الزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للمغمراء *

لان حبس المديون على اعتبار عدم ولاية البيع المتاضي لا يشمل على ضرر الدائن بتأخير حقه لان للمديون ولاية البيع في كل لحظة بخلاف القاضي وفي الذخيرة فمن مشائخنا من قال مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالافلاس لان من شرط صحة الحجر على المديون القضاء بالافلاسه اولاً ثم الحجر بناء عليه حتى لو حجر عليه ابتداء من غير ان يكون يقضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بخلاف والافلاس عندهما يتحقق في حالة الحيوة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند ابي حنيفة رح الافلاس في حالة الحيوة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس اولاً وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل المسئلة مسألة مبتدأة فعلى هذا انقول المانع من الحجر عند ابي حنيفة رح كون الحجر متضمناً لاحاق الضرر بالحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس والادلة لابي حنيفة رح ايضا في اثبات مذهبه قوله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ويبيع المال على المديون بغير رضاه ليس تجارة عن تراض وقال عليه السلام لا يحل مال امرء الا بطيبة نفس منه ونفسه لا تطيب ببيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له ان يفعله عملاً بهذا الظاهر والمعنى فيه ان يبيع المال بغير مستحق عليه فلا يكون للقاضي ان يباشر ذلك عند امتناعه كما ان القاضي لا يواجره ليقضي دينه من اجرته وكذلك اذا وجب الدين على المرأة فان القاضي لا يزوجهما ليقضي الدين من صداقها *

قوله بخلاف متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني انه اذا استهلك مال الغير (في)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماً و حبس و هو يقول لامال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد المهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا يعيدها الي ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لامال له يعني خلي سبيله لوجوب النظرة الي الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجته تحرراً عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطئها لا يمنع عنه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى *

قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونهم من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي *

في حال الحجر يواخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وذكر في حجر الذخيرة ولو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضي بعلمه او بشهادة شهداء على الاستقراض او الشرى بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر *

قوله ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن له خادم اخرجته ومن ابي يوسف انه لا يخرج من السجن في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء **قوله** والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح وقال بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظراً الى الجانبين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعلى عياله ولرب الدين فانه اذا فصل منه تصرف ذلك اليه والاصح انه يمنع ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه **قوله** ولا يحول بينه وبين غرمائه لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان فوجه التمسك به وهو ان الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله * (قوله)

(كتاب الحجر باب الحجر بسبب الدين)

قال رباخذون فضل كسبه يتسمه بينهم بالخصص لا استواء حقوقهم في القوة وقال اذا اقلسه الحاكم حال بينه وبين الغمء الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالاولاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رح لا يتحقق القضاء بالاولاس لان مال الله تعالى غادر وانح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح المدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار ترجح على بينة العسار لانها كثر اثباتا اذا الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر ليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل دارة لاحتاج لا يتبعه بل يجلس على باب دارة الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار للطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لا ختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضررين بان لا يمكنه من دخوله دارة فحينئذ يحبس دفع الضرر عنه واو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها **قال** ومن اقلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للمغرماء فيه وقال الشافعي رح يحجر الناضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ابقاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقده معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعنى الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين والله اعلم *

قوله وصار كالسلم فانه اذا انتطع المسلم فيه يثبت خيار الفسخ لرب السلم مع انه عجز عن تسليم شيء وهو غير مستحق عليه بالعقد لان المسمى بالعقد الدين في الذمة وبانتطاع المسلم فيه ثبت العجز عن العين وهو غير مستحق بالعقد فكذا عجز المشتري بالافلاس من تسليم (العين)

(كتاب المأذون)

كتاب المأذون

الأذن هو الإعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لأنه بعد الرق بقي أهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز والحجارة عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد. تصرفه الامور جباً تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه

العين يوجب حق الفسخ للبائع وأن لم يكن العين مستحقاً بالعقد ولنا أن الأفلأش يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد إذ المستحق بالعقد وصف في الذمة ويقبض العين يتحقق بينهما مبادلة حكمية والعجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ لأنه لم يكن طريقاً متعيناً لدفع ضرره والوصول إلى حقه لجواز أن يظهر له مال لم يكن له علم به او يحدث له مال بسبب بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع لأنه عجز عن تسليم المستحق بالعقد وبخلاف السلم لأنه عجز عن تسليم عين المستحق بالعقد حكماً لأن العين في باب السلم اعطي له حكم الدين الواجب في الذمة لأن الاستبدال فيه ممتنع شرعاً فكان عجز المسلم إليه كعجز البائع عن تسليم المبيع فيوجب حق الفسخ ذلك *

كتاب المأذون

الأذن الإعلام لغة وفي الشرع فك الحجر الثابت بالرق واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة وأنه يمنع تعلق حق الغير بها وأنه بالأذن اسقط حقه فعاد متصرفاً لما لكه الاصلية وأهليته لنفسه وهذا لأنه أهل للتصرف بعد الرق لأن ركن التصرفات كلام معتبر شرعاً الصدورة عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة للالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق فصلاحيته الذمة للالتزام من كرامات البشر والرق لا تخرج من أن يكون بشراً إلا أن ذمته ضعيف بالرق فلا يجب المال فيها إلا شاغلاً مالية الرقبة وهي حق المولى فحجر عن (التصرف)

(كتاب المأذون)

ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبد يوم ما كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما اثبتت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رآي عبده يبيع ويشترى فسكت يصير مأذونا عندنا خلا للزفر والشافعي رح ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه يباع صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فباعتقاده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنع دفع المضرر عنهم

التصرف لحق المولى كيلا ينطال حقه بلا رضاه فقد اسقط حقه فعاد العبد متصرفا لما لكينه الاصلية وفي الذخيرة وانما قلنا ان العبد متصرف بحكم مالكينه الاصلية لان تصرفات العبد يبتني على الشراء لان اول تصرف يباشره العبد بعد الاذن في التجارة الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في حقه وهو ذمة بايجاب الثمن فيها لان الثمن يجب في ذمة العبد حتى كان المطالب بالثمن هو العبد بحيث لو امتنع عن ادائه في الحال يحبس وذمته خالص حقه ولهذا الواقع على نفسه بالقصاص صح وأن اكذب به المولى واذا ثبت ان محل الشراء خالص حقه كان الشراء حقا له وهذا المعنى تقتضي نفاذ تصرفاته في الاحوال كلها قبل الاذن وبعده ولكن شرطنا الاذن لان نفاذ تصرف العبد وصحته بل معنى آخر وهو ان يصير المولى راضيا بالضرر بتصرف العبد لان تصرف العبد لا ينفك عن شغل رقة العبد وكسبه وهو معنى ما قالوا ونحوه من التجارة عن التصرف اي قبل الاذن لحق المولى * **قوله** ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى يرجع الى قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته **قوله** ولهذا لا يقبل التاقيت اتركون الاذن اسقاط الحق **قوله** لان الاسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعاق فان قيل لو كان اسقاطا لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود قلنا بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان في الحجر امتناع عن الاسقاط فبدا يستقبل لا فيما مضى لان الساقط يعود **قوله** فيعاقده فيتضرر به اي فيما اذا لحقته ديون ثم قال المولى ليس بمأذون يتاخر الديون الى ما بعد العتق (ولا يدري)

(كتاب المأذون)

قال وإذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصريفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول لئذا اذنت لك في التجارة ولا يقيد ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بدله من انواع الاعيان لان اصل التجارة وادباع او اشتري بالغبن الميسر فهو جاز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالغاشح عند ابي حنيفة ربح خلافا لهما بما يقولان ان البيع بالغاشح منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المبيع من ثلث ما لا فلا ينظمه الاذن كالهبة وله ان التجارة والعبد منصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون

ولا يدري متى يعتق وهل يعتق ام لا فيكون فيه اتواء حقهم فاذا مراه يبيع ويشترى وام بينهما يثبت اذنه اذ لو لم يكن راضيا به لمعذر فعلا للضرر عنهم حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه السلام بعد امره بانه عن التغير والتكثير وسكوت البكر والشفيع بخلاف ما اذا رأى انسانا يتلف ماله او يبيعه فسكت لا يكون رضا وكذلك المراهين اذا رأى المراهن يبيع الرهن فسكت ولم ينهاه عن البيع لا يصير اذنا له في البيع وكذلك اذا رأى عبده يتزوج او رأى امته تزوجت فسكت لا يصير اذنا لهما في النكاح لان الضرر في هذه الصور متحقق في الحال وضرر المولى في ثبوت الاذن اذا رأى عبده يبيع ويشترى متردد قد يلحقه وقد لا يلحقه ولو لم يثبت الاذن به يتضرر الناس في معاملاتهم *

قوله في سائر التجارات اي في جميعها **قوله** ومعنى هذه المسئلة ان يقول اذنت لك في التجارة ولا يقيد اي ولا يقيد الاذن بنوع من التجارة فحينئذ يكون ما ذونا في جميع التجارات بالاتفاق اما لو قيد بنوع منها بان يقول اذنت لك في التجارة في البحر يكون ما ذونا ايضا عندنا في جميع انواع التجارات خلافا لفرعنا الشافعي ربح فكان فائدة ذكر معنى المسئلة نفى الخلاف لان لا يكون ما ذونا في جميع التجارات عندنا عند التقييد بنوع منها **قوله** ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس لانه محلى بالالف واللام وهما الاستغراق الجنس حيث لم يسبقه معهود يتقيد به فيستغرق جنس التجارات * (قوله)

(كتاب المأذون)

ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان ممن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ان جميع المحاباة والا فارد البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يؤكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه *

قوله ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال هذا اذا كان مولاه صحيحا ما اذا كانت المحاباة فيه في مرض المولى فمحاباته بما يتغابن الناس فيه او بما لا يتغابن فيه حائزة في قول ابي حنيفة رح من ثلث مال المولى سواء كان ذلك في البيع او في الشراء لان العبد بائناك الحجر عند بالاذن صار مالا للمحاباة مطلقا في قول ابي حنيفة رح حتى لو باشر في صحة المولى كان صحيحا منه والمولى حين استدام الاذن بعد مرضه جعل تصرف العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابى يعتبر ذلك من ثلث ماله المحاباة اليسيرة والغاشقة في ذلك سواء فكذلك اذا باشر العبد وفي قول ابي يوسف ومحمد رح محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك فاما محاباته بما لا يتغابن الناس فيه باطل وان كان يخرج من ثلث مال المولى لان العبد عندهما لا يملك هذه المحاباة بالاذن له في التجارة حتى لو باشره في صحة المولى كان باطلا وان كان على المولى دين محيط برفقة العبد وبما في يده او امال له فبيرة فحابى في مرض المولى لم يجز محاباة العبد بشي لان مباشرته كمباشرة المولى وقيل للمشتري ان شئت فانقض البيع وان شئت فاد المحاباة كلها لانه لزمه زيادة في الثمن لم يرع هو به فيخير لذلك وان لم يكن على المولى دين وكان على العبد دين يحيط برفقته وبجميع ما في يده فمحاباة العبد جائزة على غرمائه من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بل حقوق الدين اياه والمحاباة وان حانت على الغرماء فانما هي عن مال المولى كذا في المبسوط **قوله** ولا وارث للعبد ولا يقال ان المولى بمنزلة الوارث لانه رضي بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا سقط حقه في الثلثين فانه ينفذ تصرف المريض في الكل **قوله** وله ان يسلم ويقبل السلم اي ولما اذون ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه *

(قوله)

(كتاب المأذون)

قال وبرهن وبرهن لانهما من توابع التجارة فانهما ابقاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار وبأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشترى طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يناجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة وبأخذها لانه من عادة التجار ولدان بواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي ربح وهو يقول لا يملك العبد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيها الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر به ويحصل به المتصور وهو الربح فيملكه **قال** فان ان له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها وقال زفر واشافعي ربح لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكل وانابة عن المولى لانه يستفيد الولاية من جهته وبثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك خجرة فينخصص بما خصه به كالمضارب .

قوله ويملك ان يتقبل الارض اي يستاجرها **قوله** وله ان يشارك شركة عنان قيد بالعنان لانه ليس له ان يشارك شركة مفوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها الا ان المفاوضة ان كانت لا يصح مفوضة عنا لان في المفاوضة عانا وزيادة فصيح بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة . ثم شركة العنان انما يصح منه اذا اشترك الشريكان مطلقا عن ذكر الشري بالنقد والنسيئة اما لو اشترك العبدان المأذون لهما في التجارة شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة عن صاحبه وليس في النقد معنى الكفالة عن صاحبه فصيح بقدر ما يملك ولا يصح بقدر ما لا يملك كما لو شارك شركة مفوضة صح عنا لذلك **قوله** ولدان بواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي ربح لان عنده المأذون نائب عن المولى وهو انما جعله نائبا في التصرف في كسبه ومنافع ربه ليست من كسبه وتصرفه فيه بعد الاذن كما قبله والدليل عليه (ان)

(كتاب المأذون)

والله استأط الحق وفك الحجر على ما بيناه و عبد ذلك تظهر مالكية العبد فلا ينخصص
بوع دون نوع بخلاف الوكيل لأنه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهة

ان رقبته ليست من كسبه لأنه لا يملك ببيعها ولا رهنها بدليل عليه ما ليس من كسبه فهو لا يملك
التصرف فيه بالاجارة واه عندنا الاذن فك الحجر عن المأذون بمنزلة الكتابة والمكاتب
ان يواجر نفسه فكذلك المأذون والابن بالكتابة يتعلق بها التزيم والاذن لا لا نقول ان محل
التصرف لا يختلف بكونه لازما او غير لازم كالبيع مع الهبة فان محل التصرفين واحد وهو العين
وان كان احدهما يازم والاخر لا يلزم ونحن انما شبهنا الاذن بالكتابة من حيث انه فك الحجر
ثم اننا كالحجر ثبتت له اليد على ما نفعه فملك الاعتياض عنها كما يملك المكاتب وما كان
المأذون ان يعبر غيره بمنافعة فلا يكون له ان يواجر نفسه اولى لان الاجارة اقرب اليه مقصود

المولى من الاجارة وما ذكره الشافعي رحمه يستقص بالحرف انه لا يملك بيع نفسه ويملك بيع مناعه *

قوله والله استأط الحق وفك الحجر على ما بيناه اشارة الى ما قال في كتاب المأذون
وفي الشرع فك الحجر واستأط الحق لأنه بعد الرق بقي اهلا للتصرف ولا يلزم ان المولى
اذا اذن لعبد في نكاح امرأه بعينه ليس له ان يتزوج غيره مع ان الاذن فك الحجر لان النكاح ليس
تظاير التجارة لان النكاح تصرف مملوك للمولى عليه ولا صحة له الابولى اما بولاية نفسه او غيره عليه
والرق يخرج منه من ان يكون اهلا للولاية على نفسه فكان نائباً عن المولى في النكاح ولهذا قلنا
ان المولى يجيزه على النكاح وتصرف النائب على قدر اذنية الاصل **قوله** بخلاف الوكيل لأنه
يتصرف في مال غيره قل الوكيل بالبيع يتصرف في مال غيره والوكيل بالشراء يتصرف في ذمة
غيره لأنه ثبت له حق الرجوع عليه ولم يكن الموكيل قبل التوكيل هذه الولاية وانما استفادها بالامر
فصار نائباً وتصرف العبد يلاقي محلا هو ملكه والمتصرف في ملكه لا يكون نائباً عن غيره بيانه
ما ذكرنا ان اول التصرف بعد الاذن الشراء لأنه لا يملك شيئاً لبيعه وبالشراء يلزم الثمن في ذمته
وهي مملوكة له ولهذا لا يملك المولى الشراء بثمن يجب في ذمة عبده *

(قوله)

(كتاب المأذون)

وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه **قال** وان اذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادالي الغلة كل شهر كذا او قال ادالي الغا وانت حبر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب او قال له اقعد صباغا او قصازا لانه اذن بشراء ما لا بد منه لهما وهونوع فيصير مأذونا في الانواع *

قال واقرار المأذون بالديون والغصب جائز وكذا بالموذائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتناب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحبته وان كان في موضعه يقدم دين الصحة كما في الحر

قوله وحكم التصرف وهو الملك اي ملك اليد واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه واذا كان الاذن من المولى اسقاطا لحقه لا اذابة للعبد مناب نفسه في التصرف فلا يعتبر تقييده بنوع دون نوع كما اذا رضي المستأجر ببيع عبده من زيد دون عمرو وسلم البائع المبيع الى المشتري قبل نقد الثمن على ان يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر التقييد لان ذلك منه اسقاط لحق المنع **قوله** ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة قيد به لانه انما يكون استخداما اذا امر بتصرف واجد اما اذا قال اشتراني ثوبا وبعده يكون مأذونا **قوله** لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام فان كل من علم انه لو اذن لمملوكه في شراء بقل او جمد بفلس او ما اشبه ذلك يصير مأذونا في التجارة فبعد ذلك يصح اقراره على نفسه بديون التجارة بحيث يتوي بذلك رقبته وكسبه فيمتنع عن استخدام مملوكه في ذلك فيغوت عليه مقاصده في الاستخدام فلهذه الضرورة جعلنا الاذن في بعض الصور اذنا في التجارة وفي بعضها جعلناه استخداما فالفاصل بينهما اذا اذن له بعقود منكرة مرة بعد اخرى يعلم ان مراده الربح بجعل ذلك اذنا في التجارة (كما)

(كتاب المأذون)

بخلاف الاقرار بما يجب من المال لاسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه *
قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج ممالئكم وقال ابو يوسف ر ح
يزوج الامه لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجاتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة
وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الوصي المأذون
والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي **قال** ولا يكتسب لانه ليس
بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة

كما اذا قل اشترى ثوباً وبعه لانه امره بعقود متكررة وكذلك لو قال بع ثوبي هذا واشتر
بشبهه كذا يصير مأذوناً في التجارة واذا اذن له بعقوداً واحداً لا يجعل ذلك اذناً في التجارة بل
يعتبر استخداً ما كما اذا قال اشترى ثوباً للكنسوة لانه امره بعقوداً واحداً فلا يكون هذا اذناً
في التجارة فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل *

قوله بخلاف الاقرار بما يجب من المال لاسبب التجارة كما لو اقر بجناية على حراً وعبد
او مهر وحب عليه بنكاح جائز او فاسد او شبهه فان اقراره باطل لا يواخذ به حتى يعتق لان فك
الحجر انما ظهر في حق التجارة وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة فصار اقراره فيها و اقرار
المحجور سواء **قوله** وعلى هذا الخلاف اني قوله والاب والوصي ففي هذه الرواية نظر لانه
اشار قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما ان يزوجا امه الصغير بخلاف حيث
جعل الاب والوصي هناك في رفيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوج امته لانه
اكتساب لاستناده المهر وما ذكره في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية
المبسوط والنيمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وذكر في باب نكاح العبيد من نكاح المبسوط
واذا زوج الاب امه ابنه وهو صغير فذلك جائز وكذلك الوصي اذا زوج امه البتيم وكذلك
المكاتب اذا زوج امته وكذلك المفاوض اذا زوج امه من الشركة لان تزويج الامه من عقود
الاكتساب فانه يكتسب به المهر ويسقط به نفقتها منه وهؤلاء الاربعة يملكون الاكتساب (و)

(كتاب المأذون)

لا ان يجيزه المولى ولادين عليه لان المولى قد ملكه وبصير العبد نائبا عنه ويرجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير **قال** ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لانه كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا بد خل تحت الاذن بالتجارة *

وذكر في نكاح البينة ووصاياها الاب والوصى يملكان تزويج امه الصغير ولا يملكان تزويج عبده فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان *

قوله الا ان يجيزه المولى فحيثما يجوز اذا لم يكن عليه دين لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة ويكفي الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ان كسب المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة **قوله** ولادين عليه قيد به لانه لو كان عليه دين كثير او قليل فكتابت به باطله وان اجازة المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين عليه يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثر كما لو اخذه من يده وعليه دين واذا لم يكن على العبد دين وكان عبدا فادى المكاتب جميع المكاتب قبل اجازة المولى لم يعتق لان ما اخذ ملك رقيقه والمكاتبه غير نافذة وان كان المولى اجاز الكتابة وعلى العبد دين محيط فهذا الاول سواء في قول ابي حنيفة رح لان المولى لا يملكه فلا ينفذ اجازته واما عندهما فالمكاتب حر المولى ضامن لقيمه للغرماء والكتابة التي قبض العبد للغرماء يستوفونها الدينهم لان ما ادى قبل الاجازة يتعلق به حق الغرماء والمولى بالاجازة كانه ابتداء قبض القيمة وان لم يكن عليه دين محيط عتق المكاتب في قولهم وضمن المولى قيمته كذا في المبسوط **قوله** ويرجع الحقوق الى المولى وهي مطالبة بدل الكتابة وولاية الفسخ عند العجز ونبوت الولاء بعد العتق **قوله** ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة مع ان المكاتب عبدا ما بقي عليه دينهم فالولى ان لا يملك الاعتاق على مال لانه اعتاق في الحال *

(قوله)

(كتاب المأذون)

قال الا ان يهدي اليسير من الطعام ويصيف من بطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يشت ما هو من ضروراته ومن ابي يوسف رح ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلأبأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر بتضرره المولى قالوا لا بأس للمرأة ان بتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالمغفر ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة **قال** ولما ان يحط من الدين بالمعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام الغد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يوجب في دين واجب لانه من عادة التجار **قال** وديونه متعذرة برقبته يباع للغرماء

قوله لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه اشارة الى قوله استجلابا لقلوب المجاهزين **قوله** يباع للغرماء اي يبيعه القاضي وهذا لا يشك على قول ابي يوسف ومحمد رح لان الدين لو كان على المولى وقدا متع عن قضاءه كان القاضي على قولهما ان يبيع عليه ماله بغير رضاه ويقضي دينه فاذا كان الدين على العبد او على لان دين العبد متعلق بالعبد ودين الحر لا يتعلق بماله مالم يمرض مريض الموت وانما يشك على اصل ابي حنيفة رح لان من اصله ان الحر اذا ركب ديون وامره القاضي بايفاء الديون ولم يوف واراد ان يبيع عليه ماله بغير اذنه ليس لذلك بل يجبر على البيع وقضاء الدين بالحبس حتى يبيع بنفسه والجواب عنه ان ابا حنيفة رح انما قال في الحر لا يبيع القاضي عليه ماله لما فيه من الحجر عليه فانه كان يملك بيع ماله بنفسه فاذا باع عليه القاضي بغير اذنه كان حجرا عليه وابو حنيفة رح لا يرى الحجر على الحر المكلف فاما ليس في بيع المأذون على المولى بغير رضاه حجر على المولى لان المولى قبل ذلك محجور عن بيعه فانه لو باع العبد المأذون المديون بغير رضاه الغرماء لا ينفذوا اذا كان محجورا عن بيع العبد قبل بيع القاضي لم يكن بيع القاضي حجرا (فجاز)

: (كتاب المأذون) :

الا ان يغديه المولى وقال زفر والشافعي رح لا يباع ويناع كسبه في دينه بالا جماع لهما ان
فرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلق
الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه على الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين
الإستهلاك لانه نوع جنائية واستهلاك الرقبة بالجنائية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في
ذمة العبد ظهور جوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع
دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخله تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء

فجاز وكان هذا بمنزلة التركة اذا كانت مستغرقة بالدين كان للقاضي ان يبيع التركة على الورثة
اذا امتنعوا عن قضاء الدين من مالههم بغير رضاهم ولم يعد ذلك حرجا على الورثة لانهم
كانوا محجورين عن بيع التركة قبل ذلك متى كانت مستغرقة بالدين بغير رضاء الغرماء
فكذا ههنا فان قيل بشكل بيع الكسب فبند بيع الكسب على العبد بغير اذنه والعبد كان يملك
بيع الكسب كالحرامديون فكان يجب ان لا يبيع الكسب بغير رضاء العبد بل بحسبه حتى
يبيع قلنا الجواب عنه ان ابا حنيفة رح انه لا يرى الحرج على الحر المكلف فاما العبد فيرى
الحرج عليه الا ترى ان المولى يحجره فكذا جاز حرج القاضي عليه ببيع الكسب عليه هذا
اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر اولى فان الخصم في رقبته
العبد المولى دون العبد الا ترى انه لو ادعى انسان في رقبة العبد حقا فان العبد لا ينتصب خصيما
فان كان الخصم هو اولى لم يجز البيع الا بحضوره او بحضوره نائبه بخلاف الكسب فانه يبيعه بالديون
وان كان غائبا لان الخصم في الكسب هو العبد دون المولى الا ترى انه ادعى انسان في كسبه
حقا كان الخصم في ذلك هو العبد واذا كان العبد حاضرا في حق الكسب يشترط حضرة العبد *

قوله الا ان يغديه المولى اي يؤدي جميع الديون ولم يرد به اداء قيمته وهذا لان حق الغرماء
هو الدين فاذا استوفاه لم يبق لهم حق المطالبة بالبيع **قوله** وذلك في تعلق الدين بكسبه اي
تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان في تعلق الدين بكسبه لا بالرقبة **قوله** بخلاف دين (1)

(كتاب المأذون)

حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صليح غرض المولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لاينا في تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدء بالكسب في الاستيفاء اية الحق الغرماء وابقاء المقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان الغصب والودائع والامانات اذا جحد ها وما يجب من العقربوطى المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به *

قال ويقسم ثمنه بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصارت كعتقها بالتركه فان فصل شيء من ديونه طوالب به بعد تحريمه لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع المبيع الاستهلاك وانه يباع فيه لانه لا تعلق له بالاذن وان وجوبه بالجنائية وقبل الاذن يباع بدين الاستهلاك فكذا بعده *

قوله حامل على المعاملة اي حامل للغير على معاملة المأذون وينعدم الضرر في حقه اي في حق المولى **قوله** كالبيع والشراء نظير قوله دين وجب بالتجارة وقوله والاجارة والاستيجار الى آخره نظير قوله او بما هو في معناها وصورة وجوب الدين بالبيع والشراء ويستحق المبيع والنسب هلك في يده **قوله** والاجارة بان يستعجل الاجرة ثم يملكه من قبل تمام المدة **قوله** والامانات اذا جحد ها ذكر الامانات بعد ذكر الودائع لان الامانة اعم من الوديعة ومن انواع الامانات مال المصارقة والعارية والبضاعة ومال الشركة وهذه الاشياء عند الجحد بها ينقلب غصبا فكان الضمان الواجب بهذه الاشياء ضمان غصب لان الامين يصير غاصبا للامانة بالجحد **قوله** وما يجب من العقربوطى المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فانه لولا الشراء لوجب عليه الحد ولم يجب عليه العقربوطى سواء ثبت بافراره او بالبينه **قوله** كيلا يمتنع يعني ان المشتري اذا علم ان العبد الذي اشتراه يباع في يده ثانيا بدون اختياره كما في حق المولى بالاذن في التجارة يمتنع عن شرائه فيمتنع البيع الاول حينئذ فيتضرر الغرماء فلذلك قلنا انه لا يباع ثانيا *

(قوله)

(كتاب الماذون)

او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يكن منه حجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يرد لها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم **قال** فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجرة بين اهل سوقه لانه لو انحجر اتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الارجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جازوا ان كان بائعه الذمي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحض من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك بمقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ما ذونا الى ان يعلم بالحجر كالموكيل الى ان يداهم بالعزل وهذا لا يستلزم به حجب يارمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق بما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا ما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه يعلم منه ينحجر لانه لا غرر فيه *

قوله او دفعا للضرر عن المشتري لان المشتري لم يأذن له في استجارة فلم يكن راغيا يبيعه بسببه الدين فلو بيع عليه مع ذلك لكان عليه لزوم الضرر بدون التزامه بخلاف المولى الاول فانه اذن له في التجارة فكان ملتزما باذنه ضرر البيع على نفسه **قوله** وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين اي للمولى ان يأخذ الغلة وهي الضريبة التي يضرب المولى على العبد كل شهر مع قيام الدين عليه استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستحسان ان في ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بكسبه لا يحصل المكاسب الا ببقاء الاذن في التجارة ولو منعناه عن اخذ الغلة لحجر عليه فيسد باب المكتسب **قوله** كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام فان الذمي اذا سلم وام يعلم بوجوب الصلوة حتى (مضى)

(كتاب المأذون)

قال ولومات المولى اوجن اولحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تعدم بالموت والجنون فكذا بالمحرق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته *

قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولما ان الاباق حجب الدلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا تعتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر *

قال واذا ولدت المأذون لها من مولاهما ملك حجر عليها خلافا لفرج وهو يعتبر البقاء بالابتداء ولما ان الظاهر انه يحصنها بعد اولادة فيكون دلالة استجرعادة بخلاف الابتداء

مضى زمان يار مد النضاء لاشتهار حكم الخطاب في دار الاسلام والحربى اذا سلم في دار الحرب لدار مد النضاء ما لم يعلم لان حكم الخطاب غير منتشر في دار الحرب *

قوله وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل لانه اذا كان التصرف غير لازم كان له ولاية الفسخ في كل ساعة فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتداء العقد فاذا كان كذلك فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء كما يشترط للابتداء **قوله** وصار كالغصب معناه لو اذن المولى العبد المغصوب بصرح فلو غصب العبد المأذون لا يبطل الاذن فهنا كذلك وذكر في الذخيرة جواب الغصب على التنصیل فقال واما الغصب هل يمنع ابتداء الاذن فالجواب فيه على التفصيل ان بقي للمالك ام كان الاخذ بان كان الغاصب مقرا او كان للمالك بينة حاضرة عادلة لا يمنع ابتداء الاذن لانه اذا بقي له امكان الاخذ كانت ولاية البيع في كسبه ورقبته قائمة فيصح الاذن فكذلك يبقى الاذن وان لم يبق للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن له على ذلك بينة يمنع ابتداء الاذن لزوال (و)

(كتاب المأذون)

لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركنها ديون لا تلافه
محللا تعلق به حق الغرماء اذ به يتمتع البيع وبه يقضي حقهم *

قال واذا استدانبت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها
على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصيل المدبرة ولا منافاة بين
حكمهما ايضا والمولى ضامن لقيمتهما لما قررناه في ام الولد *

قال وان حجر على المأذون فافراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة
رحمه الله ومعناه ان يقربا في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقربدين عليه
فيقضي مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز افراره لهما ان المصحح
لا فراره ان كان هو الاذن فبقدره بالبحر وان كان اليد فالبحر ابطالها

ولا يثبت البيع في كسبه ورقبته فيمنع بقاء الاذن ايضا وان عاد العبد من الاباق هل يعود الاذن
ثم يذكر محمد راجع هذا التنصيص والصحيح انه لا يعود كذا في النهاية *

قوله لان الصريح قاض على الدلالة لانه صريح بخلاف الدلالة وهي ان الانسان يحصن
ام ولده في العادة وانما يعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها فامع التصريح بخلاف
العادة فلا كتقديم المائدة بين يدي انسان يجعل اذنا في التناول عادة الا اذا صرح
وقال لا تأكل فان قيل كيف يبطل اذنها صريحا بدلالة الحجر والشئ لا ينتقض
بما هو دونه قلنا لا نسلم انه اذن بها صريحا بل هذا فرض منك ولئن سلم فبقاء الاذن
بالاستصحاب فلا يكون ثابتا بدليل وهذا الحجر ثبت بالدليل فكان اقوى **قوله** لما قررناه
في ام الولد وهو قوله لا تلافه محللا تعلق به حق الغرماء **قوله** وان حجر على المأذون
فافراره جائز بخلاف ما اذا بيع المأذون فانه لا يجوز افراره فيما في يده بالا جماع **قوله** فيما
في يده قيد به لانه لا يصح افراره فيما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار **قوله** من المال قيد به
لانه لا يصح افراره في حق الرقبة بعد الحجر بالا جماع * (قوله)

(كتاب المأذون)

لان يد المحجور غير معتبرة فصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وانه ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها من حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باع دالا العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يفتى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع **قال** واذا التزمه ديون تحبط بماله و رقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبد الم يعنق عند ابني حنيفة ر ح وقال يملك ما في يده ويعنق وعليه فيه تدلان له وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا يملك اعاقفه ووطئ الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظر المورث والمظرفي ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظر للعبد

قوله لان يد المحجور غير معتبرة اي فيما هو من كسبه او فيما عرف انه من مال المولى وان لم يكن كذلك فيده معتبرة ولهذا اذا استودع عبد رجلا ودیعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الودیعة ما ذونا كان العبد او محجورا عليه فلو لم يكن ليد العبد المحجور اعتبار لما اشترط حضرنه ولكن لا اعتبار ليد في كسبه وفيما علم انه للمولى وفي الفصل السادس عشر من ودیعة الذخيرة وهذا اذا لم يعلم المودع ان الودیعة كسب العبد واما اذا علم انه كسب العبد فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم انها كسب العبد ولكن علم انها مال المولى كان للمولى ان يأخذ **قوله** لانه يثبت الملك له نظر للمورث وهذا لان صرف اكتسابه اليه اقرب الناس اليه نظر في حقه كيلا يتعطل سعيه في دار الدنيا ومتى كان على الميت دين مستغرق فالنظر في ضده لان قضاء الدين فرض عليه وانه حائل بينه وبين ربه واما ملك المولى كسب عبده ليس باعتبار نظر العبد بل باعتبار انه يستحيل وقوع الملك له مع قيام الرق فيه وهذا (المعنى)

(كتاب المأذون)

وله ان الملك للمولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قرناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعق فريضة واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به *

قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عقته في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعري عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانقاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه *

المعنى قائم بعد الاذن وثبوت الدين ولا يبي حيفه رحمه الله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد بعد الفراغ من حاجته ملك الموارث لما اراد الكسب في الاصل ملك الكاسب وانما يخلفه غيره بعد فراغه عن حاجته وهذه الوا امتنع المولى من الاتفاق عليه امر العبد بالكسب والاتفاق على نفسه وما فضل من حاجته يرد على المولى وما قال انه وجد سبب الملك في كسبه وهو قيام ملك الرقبة ينتقض بالملك تب فان ملك الرقبة موجود ولا يملك المولى اكسابه والمأذون بمنزلة المكاتب فجاز ان لا يملك ذلك لما منع وهو حاجته الى قضاء دينه لانه لما صار بمنزلة الحر في حق التصرف واليد والحر المديون لا يستحق وارثه تركته لحاجته الى قضاء الدين فكذا هنا *

قوله وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد فان قيل المولى كيف يتلقى الملك من العبد بجهة الخلافة والعبد ليس باهل ملك المال وشرط الخلافة تصور الاصل قلنا العبد ليس باهل ملك مستقر لكنه اهل ملك ينتقل اليه غيره اذا فرغ من حاجته وهذا لان العبد من حيث انه آدمي بمنزلة الحر ومن حيث انه مال مملوك كالبهيمة ولو كان حراما لمال الملك المال ملكا مستقرا ولو كان مملوكا مطلقا كالبهيمة لم يملك اصلا قلنا بانه يملك ملكا منتقلا عملا بالشبهين **قوله** وكذا عنده اي في قوله الاول وفي قوله الآخر لا يملك ولا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن **قوله** ولهذا لا يمنع ملك الوارث اي في قوله الآخر * (قوله)

(كتاب المأذون)

قال وان باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي من كسبه اذا كان عليه دين يحبط بكسبه وان باعه بنقصان لم يجز لانه منهم في حقه بخلاف ما اذا باع لاجنبي عند ابي حنيفة راح لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحد هم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافتراقاً وقالان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر من الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما مندرج بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعاً في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلاً عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا يجوز من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذا ان الفرقان على اصلهما **قال** وان باعه المولى شيئاً بمثل القيمة او اقل جاز البيع

قوله وان باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز اذا باع العبد المأذون المديون شيئاً من اكسابه من المولى بمثل قيمته جاز وان لم يكن مديوناً لا يجوز **قوله** وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء اذا باع من المولى شيئاً بنقصان لم يجز عند ابي حنيفة راح فاحشاً كان الغبن او يسيراً وعندهما جاز البيع فاحشاً كان الغبن او يسيراً ولكن يخير المولى بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع **قوله** ووجه ذلك اي وجه الجواز مع التخيير **قوله** وهذا ان الفرقان على اصلهما لان ابا حنيفة راح لما لم يجوز البيع من المولى لالغبن اليسير ولا بالغبن الفاحش لاحتياج اليه هذين الفرقين وانما يحتاج اليه فرق واحد وهو جواز بيع العبد من الاجنبي (با)

:(كتاب المأذون):

لان المولى اجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكّن و صحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين *

قال وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من سائر الغرماء و جاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين و اياه باعد باكثر من قيمته يوم رزالة المحاباة او ينقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء *

بالغبن الفاحش وعدم الجواز من المولى و المفرق ما ذكر في الكتاب وعلى اضلهم ما يحتاج الى الفرقين احدهما في حق المحاباة اليسيرة بين المولى والاجنبى حيث لا يؤمر الاجنبى بازالة المحاباة والمولى يؤمر عندهما والثاني في حق المحاباة الفاحشة بين المولى والاجنبى حيث لا يجوز بيعه من الاجنبى مع المحاباة اصلا صدها ويجوز بيعه من المولى مع المحاباة الناحشة و لكن يؤمر المولى بازالة المحاباة ههنا ايضا كما في اليسيرة وهذا الذي ذكرنا قول بعض المشائخ وقيل الصحيح قوله كقولهما لان المولى يستهد من تخلص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع او لا و صار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المدينون في تصرفه مع الاجنبى *

قوله لان المولى اجنبى عن كسبه هذه النكته على قول ابي حنيفة راجع والنكته الثانية وهو قوله ولانه مفيد على قولهما او على قول الكل **قوله** بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين والمولى احق بذلك من الغرماء لانه بالعقد ملك العرض بعينه ولا يجب دين في ذمته ويجوز ان يكون عين ملكه في يد عبده وهو احق به من الغرماء كما لو غصب شيئا من ماله او ادع ماله عند عبده **قوله** اذا كان يتعلق بالعين كالمسكاتب لما كان للمولى تعلق برفقته جاز ان يجب عليه بدل الكتابة وكذلك المستسفي عند ابي حنيفة راجع **قوله** ولو باعه باكثر من قيمته يوم رزالة المحاباة او ينقض البيع كما بينا في جانب العبد (كذا)

(كتاب المأذون)

قال وإذا اعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن بقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيبعا واستبقاء من نفسه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فيبقى الباقي عليه كما كان فان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المذبر وام الولد المأذون لهما وقد ركنتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا *

قال بان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيخبر وافي التضمن وان شاءوا اجازوا البيعة واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة فيكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالمغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا *

كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وغيره في شرح المبسوط من غير ذكر خلاف ويحتمل ان يكون البيع فاسدا عند ابي حنيفة رح على قول بعض المشائخ كما في الفصل الاول وهو منصوص عليه في الحضر وغيره *

قوله فيخبر وافي التضمن ثم ان ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع لان استرداد القيمة منه كما سترداد العبد لو ظفروا به وان ضمنوا البائع قيمته ثم البيع الذي جرى بين البائع والمشتري لزوال المانع **قوله** والاجازة اللاحقة كالاذن السابق فان قيل يشك بما اذا كفل رجل عن غيره بغير اذنه ثم اذن المكفول له لا يرجع الكفيل عليه قلنا لانه لا يحتاج الي الاذن فلا يؤثر الاذن فيها ولا كذلك هنا فان البيع يتوقف لزومه على اجازة الغرماء **قوله** كما في المرهون اي الراهن اذا باع المرهون ثم اجاز المرتهن البيع (قوله)

(كتاب المأذون)

قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فلبغراء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول تام ومؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا صحابة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم **قال** فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري

قوله واعلمه بالدين اي اعلم البائع المشتري بان هذا العبد الذي ابيعك مديون وفائدة هذا الاعلام سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازما فيماليين البائع والمشتري وان لم يكن لازما في حق الغرماء اذا لم يكن في ثمنه وفاء بديونهم **قوله** فالاول تام ومؤخر الى زمان الاستسعاء والثاني ناقص معجل هذا اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم **قوله** قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا صحابة ليس لهم ان يردوه اي ليس للغرماء حق نقض البيع اذا وصل اليهم الثمن والبيع بمثل القيمة وان لم يكن في الثمن وفاء بديونهم ذكر الامام قاضي خان وغيره وهو قوله تاويله اذا باع بثلثين لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى ان يصل اليهم بديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم ان ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع على ان لهم حق القبض اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم وفي النهاية وفي هذا اللفظ نوع نظر اذا كان من حقه ان يقال وتاويله اذا باع بثلثين لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جائية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وما ذون الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة **قوله** فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري هذه المسئلة مختلفة فيها اما اذا كان المشتري غائبا والبائع حاضرا فلا خصومة بينهم وبين البائع في رتبة العبد بخلاف حين يحضر المشتري لان الملك واليد للمشتري وابطال ذلك بدون حضوره لا يمكن فيعندنا لم يبطل ملك المشتري لا يكون الرقبة محل الحق للغرماء الا ان لهم ان يضموا البائع قيمته لان بالبيع والتسليم صار مفوتا محل حقهم *

(قوله)

(كتاب المأذون)

معناه إذا انكر الدين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ر ر ح وقال أبو يوسف ر ح المشتري خصم وبقيضى لهم بدنيهم وعلى هذا الخلاف إذا اشترى داراً وهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فلموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لأبي يوسف ر ح أنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاءً على الغائب *

قال ومن قدم مصراً وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه إن أخبر بالأذن فلاخبار دليل عليه وإن لم يخبر فتصرفه جائز إذا ظاهر أن المحجور يجري عليه موجب حجرة والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بيناه فان حضر وقال هو مأذون بيع في الدين لأنه ظهر الدين في حق المولى وإن قال هو محجور فالتول قوله لأنه متمسك بالأصل والله أعلم بالصواب *

قوله معناه إذا انكر الدين وإنما قيد به لأنه إذا أقر المشتري بديونهم وصدتهم في دعوى الدين كان للغرماء أن يردوا البيع بخلاف كذا ذكره المحبري ر ح **قوله** وإن لم يخبر فتصرفه أي فتصرفه دليل عليه **قوله** لا يقبل قوله في الرقبة أي في حق بيع الرقبة لأن بيع الرقبة ليس من لوازم الأذن في التجارة الأبرى أنه إذا أذن المدبر وأم الولد ولحقتهما الدين لا يباعان وهما مأذونان لهما بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الأذن في التجارة لأنه حق العبد **قوله** على ما بيناه وهو ما ذكر قبل هذا ويتعلق دينه بكسبه إلى أن قال لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد والله أعلم بالصواب *

(فصل)

فـضـل

واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل
البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجرة اصباة فيبقى ببقائه
ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجرة فلا يكون واليا للمنافاة
فصار كالطلاق والعناق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذلك الوصية على اصله
فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء بمؤالة الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف
المشروع صدر من اهله في محله من ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرفت تقريره
في الخلافات والصباء بسبب الحجر لعدم الهداية لاذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي

فـضـل

قوله للمنافاة لان كونه مولى عليه سمة الجبر وكونه واليا آية القدرة وهما متضادان فلا يجتمعان
بخلاف الصوم والصلوة اى الصوم النفل والصلوة النفل حيث يصحان منه وكذا الوصية
على اصله اى الوصية باعمال البر من اصله ان كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه
يصح تصرف الصبي فيه بنفسه وما يتحقق من الولي فلا يصح مباشرة الصبي فيه لان تصرفه
بنفسه بسبب الضرورة والضرورة تدفع بما يتصرف فيه الولي **قوله** صدر من اهله الاهلية
للتصرف بالنكاح عن تمييز رويان لاعن تلقين وهذان فان قيل الاهلية بالبلوغ عن عقل
ولهذا لا يتوجه خطابات الشرع قبل البلوغ وذلك لان العقل والتمييز امر باطن فانام الشرع
البلوغ مقامه فلنا الاهلية بالعقل والتمييز ويستدل بالبلوغ على كماله واعتداله واذن الولي
دليل عليه ايضا ولا تراحم في الاسباب الا ان الصبي مظنة المرحمة والخطابات يتضرر وصحة
العبارة نفع محض اذا ادعى به يشرف ويميز من غيره فلهذا اعتبر اذن الولي في المعاملات
دون خطابات الشرع **قوله** عن ولاية شرعية وهو الولاية الثابتة بواسطة الملك المطلق الحاضر
قوله لعدم الهداية اى في امور التجارة *

(قوله)

(كتاب المأذون فصل)

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيلاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعناق لانه صار محض فلم يرد له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائرين النفع والضرر فيجعل اهلاله بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفاً على اجازة الوالي لاحتمال وقوعه بنظر اوصحة التصرف في نفسه وذكر الوالي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليد تقليد القضاة والشرط ان يعتل كون البيع سالباً للملك جالباً للمرجح التشبيه بالعبد المأذون ينبغي ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقلان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه فلو كان اوصياً فلا يتقيد بتصريفه بنوعه ونوع وصيره مأذوناً بالسكوت كما في العبد

قوله وبقاء ولايته جواب عن قول الشافعي ربح ولايته مولى عليه حتى يملك الوالي التصرف ويملك حجرة فاجاب بان بقاء ولايته لنظر الصبي ليتوسع طريق النيل والاصابة فيستوفي المصلحة بطريقين وبمباشرة الوالي وبمباشرة الصبي وتمكنه من حجرة لاحتمال تبدل حاله من الهداية الى غيرها ومتى جعلناه مولياً عليه باعتبار تصور الاهلية لم نجعله ولياً فيه فالحاصل ان الصبي مستحق للنظر مصون من الضرر والنصرفات انواع ثلثة صار محض كالطلاق والعناق والهبة والصدقة فلا يملكه الصبي وان اذن له الوالي ونافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملكه بغير اذن الوالي ودائرين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والتمكاح فيملكه بالاذن ولا يملكه بدونه لان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه الطفل الذي لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عاقل الخطاب وفي عقله تصور وللغير عليه ولاية فالحقناه بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضرر وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون من عقداً موقوفاً على اجازة الوالي لانه له فيه منفعة ليصير مهتدياً الى وجوه التجارات عارفاً بانواع المعاملات ممتازاً عن الحيوانات حتى لو بلغ فاجازة نفذ عندنا خلافاً للفرج لانه توقف على اجازة وليه وقد صار ولياً بنفسه **قوله** بخلاف صاحب الشرط وفي المغرب الشرط بالسكون (و)

(كتاب المأذون فنسـل)

ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كسبته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم *

والحركة خيار الجند واول كنية يحضر الحيزب والجمع شرط وصاحب الشرطة في باب الجمعة يراد به امير البلدة كاميرو بخاري وكان الوالي اكبر من صاحب الشرطان للوالي تقليد القضاة فلذلك ثبت ولاية اذن الصبي للوالي دون صاحب الشرط وفي المبسوط ثم صحة الاذن له من واهيه ووليه ابوه ثم وصي الاب ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصي القاضي فاما الام او وصي الام فلا يصح منهم الاذن له في التجارة لانه غير وولي في التصرفات مطلقا بل هو كالاجنبي الا فيما يرجع الى حفظه وانما لا يملك بيع عقاره وانما جاز بيع وصي الام العروس التي ورثها الصغير من الام بطريق التخصيص والحفظ على الام الميثة وعلى الصغير لانه تجارة حتى لو اشترى شيئا آخر لئلا يعم لا يجوز وليس في الاذن تحصيل وحفظ *

قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية قيد بظاهر الرواية لانه روى الحسن عن ابي حنيفة راح ان لا يصح اقراره فيما ورثه عن ابيه لان صحته اقراره في كسبه لحاجته الى ذلك في التجارات حتى لا يمتنع الناس عن المبايعة معه خوفا من تولى اموالهم ولهذا ملكه وان لم يملك الوالي الاقرار عليه وجه الباطن انه بانضمام رأي الوالي التحقق بالبالغ وكل واحد من المالكين ملكه فارغ من حاجة الغير فيصح اقراره فيهما **قوله** ولا يملك تزويج عبده فيه اجماع وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف راح فانه يجوز عنده **قوله** ولا كتابته وانما لم يملكها مع ان الاب والوصي يملكانها لان تصرفهما مقيد بشرط النظر فيتحقق في الكتابة النظر واما تصرف الصبي بعد الاذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة **قوله** دون غيرهم اي من الاقارب كالاخ والعم وفائدة هذا التقييد انه يصبر ما ذو با باذن القاضي كما مر في حق الصبي والله اعلم بالصواب *

(كتاب)

(كتاب الغصب)

كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصد ولا اثم لان الخطأ موضوع **قال** ومن غصب شيئاً لمثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى على عليك فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمائنة فكان ادفع للضرر *

كتاب الغصب

قوله في اللغة اخذ الشيء يعني مالا او غيره يقال غصب زوجة فلان او ولده **قوله** محترم احتراز عن غصب مال الحربي في دار الحرب **قوله** حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً ايضاح لقوله على وجه يزيل يده لانه بالاستخدام والحمل اثبت يد التصرف عليه وذلك يوجب زوال يد المالك عنه دون الجلوس على البساط لانه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزبلاً يده وعلى قول الشافعي ازاله يد المالك عن المغصوب ليس بشرط بل اثبات يد العدو وان عليه كاف لتحقيق الغصب وثمرة الاختلاف يظهر في زوائد المغصوب مثل ولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لانعدام حد الغصب الذي ذكر **قوله** وان كان بدون العلم بان ظن ان المأخوذ ماله واشترى عينا ثم ظهرا استحقاؤه لان الضمان انما يجب جبر الحق بتقريبه وحقه مرعي وان كان الاخذ معذراً لجهله وعدم قصد **قوله** ولا اثم لان الخطأ موضوع (لقوله)

(كتاب الغصب)

قال من اقرع علي ثلثة فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة ر ح وقال ابو يوسف ر ح يوم الغصب وقال محمد ر ح يوم الانقطاع لابي يوسف ر ح انه لما انتطع التحق بالامثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب والمحمدر ح ان الواجب المثل في الدمة والمما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولا يبي حنيفة ر ح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والنضاء بخلاف ما لامثل لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما ر ح فيعتبر قيمته عند ذلك **قال** وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه البعديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالمية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كما يكيل حتى يجب مثله لثقله التباوت وفي السر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له *

قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما لثبوته عم على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عم لا يحل لاحد ان يأخذ مئاع اخيه لاجب ولا جاد ا فان اخذه فليرده لان اليد حق متصو و قد فوته عليه فيجب اعادة رد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خللا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالمية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص

لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان والمراد المأثم وقد قال الله تعالى ليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم *

قوله ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك اي لو كانت ثابتة بمجرد الانقطاع كان يجبر على قبول القيمة لو اتى بها الغاصب ولا يمكن له من الصبر الى مجيء اوان المثل وحيث لم يجبر لما ذاك على ان ايجاب المثل انما يثبت بالقضاء **قوله** معناه العدديات المتفاوتة كالرمان والسفرجل والبطيخ وكالثياب والدواب والمتقاربة كالجمه زوالبيض **قوله** لاعبا ولا جادا بتوسط حرف العطف كذا في المبسوط ومعناه ظاهر الرواية في المصايح لاعبا جادا بدون توسط حرف العطف بينهما اي لا يريد سرقة ولكن يريد ادخال الغيط على اخيه فهو لاعب في مذهب السوقة جاد في ادخال الغيط على اخيه * (قوله)

(كتاب الغصب)

ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت التميم بتفاوت
الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لا تظهرها او تقوم بينه
ثم قضى عليه بدها لان الواجب رد العين والهلاك بعرض فهو يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه
فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة **قال** والغصب فيما ينقل ويحول
لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده
لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحم وقال محمد رحم يضمنه وهو قول ابي يوسف رحم
الاول وبه قال الشافعي رحم لتحقيق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع
اليدين على محل واحد في حالة واحدة فتحقق الوضمان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمقول

قوله ويظهر ذلك في بعض الاحكام وهذا الوابراه من الصمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك
بعده لا يجب الضمان واولا ان الموجب الاصلي القيمة لما صح البراء لان البراء عن العين لا يصح
ولو كنل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا كان كفالة بالعين ولو غصب جارية قيمتها الف
وله الف نقد وحال عليه الحول فانه لا يجب الزكوة على هذا الف لانه صار مديونا ولا يجب الزكوة
على المديون **قوله** والغصب فيما ينقل ويحول النقل والتحويل واحد كما في قوله تعالى
فَيُؤَسِّسُ قَنُوطٌ وَقِيلَ التحويل يستعمل في النقل من مكان واثباته في مكان آخر كما في حوالته الباذنجان
والنقل بدون الاثبات في مكان آخر **قوله** واذا غصب عقارا فهلك في يده بان غلب السيل
على الارض فبقيت تحت الماء او غصب دارا فهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب
بالبناء لم يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف رحم وقال محمد يضمن **قوله** لتحقيق اثبات
اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة
هذا التعليل لقول محمد وعند الشافعي رحم يتحقق الغصب باثبات اليد المبطله وتعليل قول
محمد رحم على هذا الوجه يدل على ان لا خلاف بين علمائنا الثلاثة في حد الغصب (بانه)

(كتاب الغصب)

وجحود الوديعه ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا ينصور
في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا
بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة
ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك *

قال وما نقص منه بفعله او سكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه تلاف والعقار يضمن به كما
اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه
وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك واشتري ينكر غصب البائع
بانه ازاله اليد المحقة واثبات اليد المبطله لا كما ظنه البعض ان حده عند محمد اثبات يد العتوان كما
قاله الشافعي رح ان لو كان كذلك لا تحقق جريا بهما في زوائد المغضوب *

قوله وجحود الوديعه اي في العتار يعني اذا كان العتار وديعه في يده فحجده كان ضامنا بالاتفاق
فكذا بالغصب على ما يجيء **قوله** وصار كما اذا بعد المالك عن المواشي فان ذلك لا يكون
غصبا حتى لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن كذا في المبسوط **قوله** وهو الغصب
اي النقل هو الغصب لان بذلك يتحقق ازالة يد المالك عن ذلك المنقول واثبات يد الغاصب
فيه فيتحقق الغصب **قوله** ومسئلة الجحود ممنوعة لانه ذكر في المختلغات اما الوديعه
لو كان عقارا لا يضمن وذكر في المبسوط والاصح ان يقول جحود الوديعه بمنزلة الغصب
فلا يكون موجبا للضمان في العتار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو سلم فالضمان
هناك بترك الحفظ الملتزم او لقصر يد صاحبه بالجحود لان صاحبه لا يتوصل الى الوديعه
بعد جحوده حتى اذا كانت الوديعه بساطا لم ينقله وجلس عليه جاحدا للوديعه لم يضمن
لانه متى كان ظاهرا لم يصريده صاحبه مقصورة بالجحود بنفسه **قوله** وما نقص بفعله وسكناه
ضمنه في قولهم جميعا وذلك بان هدم شيئا وانهدم بسكناه لانه متلف لما انهدم بفعله والعقار
يضمن بالتلاف لان التلاف يتحقق فيه كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين وجاز ان
لا يضمن بالغصب ويضمن بالتلاف كالحرق **قوله** ويدخل فيما قاله اي فيما قاله (1)

(كتاب الغصب)

ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح *

الندوري في مختصره وهو قوله وما نقصه منه بفعله وسكناه قوله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله بان كان عملا الحدادة او القسارة فهو جدار الدار بذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد الانهدام بسبب سكناه وعمله في الضمان لان اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسبب سكناه وعمله لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف راح الاخر لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في العتار عندهما والحكم ينشئ على السبب كذا في غصب المبسوط *

قوله ولا بينة لصاحب الدار انما قيد به لانه لو كان له بينة لا يضمن البائع بالاتفاق لانه قادر على ان يقيم البينة على انها ملكه ويأخذ الدار عن المشتري **قوله** فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح وذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط فان كان غاصب الدار باعها وسلمها ثم اقرب ذلك وليس لرب الدار بينة فإقراره في حق المشتري باطل لان المشتري صار مانكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يتقبل قول البائع بعد ذلك في ابطاله ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله الا خلا لانه مقرر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العتار وذكر محمد رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادات انهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضي القاضى ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقل ذلك قول محمد راح لان تسلطهم الغير على الدار بالشهادة كتسلط الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم اليد وخيال بان هو قولهم والفرق بين الفصلين لهما ان الضمان الواجب بالشهادة ضمان اتلاف فان اتلاف المالك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهم حتى لو قام البينة على المالك لنفسه لا يقبل بينته والعقار تضمن بالاتلاف وهنا اتلاف المالك لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة الا ترى انه لو قام البينة على انها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون الغاصب ضامنا *

(قوله)

(كتاب الغصب)

قال وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه تلف البعض فياخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل
قال رضي الله عنه هذا عند ابي حنيفة ومحمد رحم وقال ابو يوسف رحم لا يتصدق بالفضل
وسند كرا الوجه من الجانبين **قال** واذا هلك الثقل في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه
وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد السابق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان
العين دخل في ضمانه بالغصب السابق ان هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة

قوله وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان اختلفوا في تأويله نقصان الارض قال نصير بن يحيى رحم
في نقصان الارض انه ينظر بكم يستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم يستأجر بعد استعمالها
فتفاوت ما بينهما نقصانها وقال محمد بن سلمة رحم ينظر بكم يشتري قبل استعمالها وبكم
يشترى بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصان الارض قيل رجع محمد بن سلمة الى قول
نصير كذا في الفصل الثالث من مزارعة التمتة وفيه ايضا ان من زرع ارض الغير بغير اذنه وبغير عقد
مزارعة هل لصاحب الارض ان يطالبه بحصة الارض قال شيخ الاسلام ابو الحسن رحم
نعم ان كان عرف اهل تلك القرية انهم يزرعون ارض الغير على وجه المزارعة
من غير عقد واذن ففي فتاوى الفقيه ابي الميثان ان النزرع للمزارع في هذه الصورة وعليه
نقصان الارض ان كانت الارض قد انتقصت بسبب الزراعة **قوله** فياخذ رأس ماله وهو
البذر وما انفق وتغرم من النقصان وصورة اذ غصب ارضا وزرع فيها كرا فاخرجت
اربعة اكرار ونقصها الزراعة ما يبلغ قيمة كرو لحقه من المون ما يبلغ كرا فاخذ منه ضمان
النقصان فانه يتصدق بكر لانه زرع كرا ولحقته مؤنة كرو ضمن قدر قيمة كرو ففضل المخرج
عن رأس ماله بكر فتصدق به لانه ربح مالم يملك وقال ابو يوسف رحم لا يتصدق بدلان
المنهي ربح مالم يضمن وهو قد ضمن **قوله** وسند كرا الوجه من الجانبين ابي في هذا
الفصل في مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة **قوله** وعند العجز عن رده تجب القيمة
هذا على قول من يقول بان الواجب الاصل في الغصب رد العين * (قوله)

(كتاب الغصب)

او ينقرر بذلك السبب والهاء تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فمات عدد رده عنه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان مقدما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضي المدعيه ومرواه خير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يدي الي الربوي *

قوله او ينقرر بذلك السبب على قول من يقول بان الواجب الاصلي في الغصب هو القيمة ورد العين مخلص **قوله** وان نقص في يده ضمن النقصان اي اذا لم يجبر نقصانه بالزيادة بسبب النقصان وسواء كان ذلك النقصان في بدنه بان كانت جارية فاعورت او كانت شاة ففصارت عنده عجزا او ناهضة التدبين فانكسر نديها او لم يكن في بدنه كد لو غصب عبدا محترفا ونسي ذلك عند الغاصب او كان فارثا ونسي القرآن **قوله** بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب وانما قيد بلان تراجع السعر اذا كان بسبب اختلاف مكان الغصب فللمالك الخيار بين اخذ القيمة وبين الانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده وفي الايضاح لو غصب منه عينا ثم لقيه في بلد آخر والعين في يده والقيمة في هذا مثل القيمة في مكان الغصب او اكثر فللمغصوب منه ان يأخذها ولا يطالب بالقيمة لانه وصل اليه عين حقه من غير ضرر وان كان السعر في هذا المكان اقل من السعر في مكان الغصب فللمغصوب منه الخيار ان شاء اخذ القيمة في هذا المكان وان شاء انتظر لانه اذا اخذ العين فقد وصل اليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من قبل الغاصب وهو النقل الى هذا المكان فكان له ان لا يلتزم الضرر ويطلب اليه بالقيمة وله ان ينتظر بخلاف ما اذا وجدته في البلد الذي غصبه فيه وقد انقص السعر حيث لا يكون له خيار لان النقصان ما حصل لثعل مضاف الى الغاصب وانما هو لمعنى راجع الى فتور رغبات الناس فلم يضمن **قوله** وبخلاف المبيع فان المبيعة اذا اعورت في يد البائع لا يجب شيء في مقابلته ولكن يخير المشتري بين ان يأخذها بكل الثمن او يتركها لانه ضمان عقد والعقد يرد على الايمان لا على الاوصاف اما ضمان الغصب فمعلق بالنقل والفعل حل الذات بجميع الاجزاء والارصاف فكانت مضمونة * (قوله)

: (كتاب الغصب)

قال ومن غصب عبداً واستغله فنتصه الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهم أيضاً وعند ولايتهم صدق بالغلة وعلى هذا الخلاف إذا أجزأ المستعير المستعار لأبي يوسف ربح أنه حصل في ضمانه ومملكته أما الضمان نظاهر وكذا الملك في المضمون لأن المضمونيات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا ولهما أنه حصل بسبب خيبت وهو التصرف في ملك الغير وما هذا إلا أنه فسيب له التصديق إذا فرغ يحصل على وصف الأصل والمالك المستند ناقص فلا ينعدم به الخيبت فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخيبت لأجل المالك وليهذا الوادي اليد يباح له تناول أن كان غنياً فيزول الخيبت بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن اليد لأن الخيبت ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب ما لا يتصدق بمثله أن كان غنياً

قوله ومن غصب عبداً واستغله أي أجره وأخذ غلته فنتصه الغلة أي العمل في الإجارة **قوله** فعليه النقصان لما بينا أراد به قوله لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب **قوله** وما هذا حاله فسيب له التصديق كما إذا اشترى جارية ببيعاً فاسداً وتقاضا وباعها وربح فيها تصدق بالربح لتسكن الخيبت في الربح على ما مر في فصل أحكام البيع الفاسد **قوله** لأن الخيبت لأجل المالك هذا جواب سؤال ذكر في المبسوط حيث قال فإن قيل القيمة دين في ذمته وهذه الغلة ملكه ولكن هي واجب التصديق لخبثها من قضى دينه به مال الصدقة كان عليه أن يتصدق بمثله فلما نعلم ولكن التصديق بهذا لم يكن حتماً عليه الا ترى أنه لو أسلم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك وليس على الغاصب شيء آخر فهو بما صنع يصير مسلماً إلى المالك ثم يصير المالك مبرئاً عن ذلك القدر من القيمة لا يقبضه فيزول الخيبت بهذا الطريق فلا يلزمه التصديق **قوله** بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق أي الغاصب باع المغصوب وأخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشتري يضمن المالك المشتري قيمته ورجع المشتري على الغاصب بالثمن لطلان البيع باسترداد (القيمة)

(كتاب الغصب)

وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا **قال** ومن غصب الغافق شي بها جارية
ساحيا بلعين ثم اشترى بالثلثين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا
عندهما واصله ان الغاصب والمودع اذا تصرف في المخصوص او المودع وربح لا يطيب له الربح عندهما
خلافا لابي يوسف ربح وقد مرت الدلائل وجوابهما في المودعة اظهر لانه لا يستند الملك اليه
ما قبل التصرف فلا يعدم سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا طهر فيما يتعين بالاشارة
ما قبله الا يتعين كالثمنين فتولد في الكتاب اشترى بها اشارة اليه ان التصديق انما يجب اذا
اشترى بها ونقد منها الثمن اما اذا اشار اليها وتقدم من غيرها ونقد منها وشار اليه غيرها او اطلق
اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي ربح لان الاشارة اذا كانت لا تعيد التعيين
لا بد ان يكد بالتقدير لتحقيق الخبث وقال مشايخنا ربح لا يطيب له قبل ان يضمن
وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لا اطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط *

التيه منه ثم لا تستعين الغاصب في ادعاء الثمن بالغلة لان الخبث في الغلة ما كان لحق المشتري
فلا يزول بالوصول اليه يده بخلاف الاول فان الخبث لحق المالك فزول بوصول الغلة اليه يده *
قوله وقت الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن **قوله** وقد مرت الدلائل اي في المسئلة
بالتي قبل هذا وهي مسئلة من غصب عبدا واستغله فمقتضه الغلة **قوله** ثم هذا ظاهر اي عدم
طيب الربح **قوله** فيما يتعين بالاشارة كالعرض **قوله** كالثمنين اي كالدراهم والدنانير **قوله** وقال
مشايخنا لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لا اطلاق الجواب في
الجامعين والمبسوط وحاصله انه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق التحقيق او الشبهة ثبت الخبث
ولا يثبت في الدراهم الا الشبهة لانه اذا اشار لم يتعين الا في حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر
واذا نقد استفاد بسلامة المشتري فاذا اشار ولم ينقد استفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة النقد انه
دينار او جيد او ردي والمقدار واذا نقد ولم يشتر استفاد بها سلامة فاما ان يصير عنها عوضا فلا يثبت انه
لا يثبت الا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الخبث * (قوله)

(كتاب الغصب فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

قال وإن اشترى بالنف جارية تساوى الثمن فوهبها أو طعما ما فأكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لأن الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس *

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وما كان له أصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يردى بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو خنطه بطحنها أو حديد اما تحده سيما أو صفرا فعليه آية وهذا كله عندنا وقال الشافعي ربح لا ينتفع حق المالك

قوله لأن الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس لأن الربح فضل والفضل انما يكون بعد المساواة والمساواة انما تتحقق عند التجانس ولا تجانس فلا تساوى فلا فضل ولأن الخبث يعمل في التصديق لا في التضمن إذا الإنسان لا تضمن باتلاف ملك نفسه ولا يمكن التصديق هنا الا بواسطة التضمن ولا سميح الى التضمن فسقط أصلا *

فضل فيما يتغير بعمل الغاصب

قوله حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة وذبحها لأنه فات أعظم المقاصد وهو الدر والنسل ولكن لم يزل اسم الشاة لأنه يقال شاة مذبوحة **قوله** وأعظم منافعها كما إذا غصب خنطة و طحنها لأن المقاصد المتعلقة بعين الخنطة تزول بالطحن وهي جعلها بذرا وهربسة وكشكا وغيرها **قوله** زال ملك المغصوب منه عنها أي يجب القيمة في الشاة إذا طبخها وشواها على الغاصب وفي الخنطة المثل وينزل ملك المغصوب منه على وجه لو أبى المالك أخذ النيمة أراد اللحم مشويا لم يكن له ذلك لأن الملك قد زال كذا في الإيضاح *

(قوله)

(كتاب الغصب فضل فيما يتغير بعد الغاصب)

وهو رواية عن ابي يوسف ر ح غير انه اذا اخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده
لانه يودي الى الربوا وعند الشافعي ر ح يضمه وعن ابي يوسف ر ح انه يزول ملكه
عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي ر ح ان العين باقية فيبقى
على ملكه وتبعه الصفة كما اذا هبت الريح في الحنطة والفتيل في طاحونة فطحن ولا يعتبر
بتغيره لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرفت فصارت كمالعدم الفعل اصل وصار كما اذا
دفع الشاة المغصوبة وسلحها واربعها ولما احدث صنعة متقدمة صبت حق المالك هالكا من وجه

قوله وهو رواية عن ابي يوسف وفي الايضاح روي عن ابي يوسف ثلث روايات احدهما
مثل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والثانية ان حق المالك لا يسقط عنه وان كان ملكه
يزول صدوقه العين في دينه وهو احق به من جميع الغرماء ان مات وفي رواية له ان يأخذ
الدقيق وسوء الغاصب من صلاته لانه يودي الى الربوا لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له
ان يأخذها كما قبل الطحن ونحوه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث ما لم يكن
موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب والله يبع والسلخ في الشاة والدليل
على بقاء عين الحنطة فيه جريان الربا بينهما ولا تجري الربوا الا باعتبار المجانسة فلما ثبت
الجنسية بين الحنطة ودقيقها كان اخذ الدقيق بمنزلة اخذ الحنطة ولو اخذ عين الحنطة
كان لا يجوز ان يأخذ معها شيئا آخر لتقصان صفتها بسبب العقوبة لادائه الى الربوا
فكذلك ههنا **قوله** ولا معتبر بفعله جواب اشكال مقدر وهو ان يقال فيما ذكرت من
الاستشهاد لم يوجد فيه الفعل وفي المتنازع وجد الفعل **قوله** ولما احدث احتريزه
عن الحدوث **قوله** صنعة متقدمة في الربوية منقودة **قوله** صيرت حق المالك هالكا من وجه
احترازا عما اذا صبغ الثوب المغصوب اصفرا واحمر فانه لا ينقطع حق المالك مع انه
احدث صنعة متقدمة ولكن لم يكن هالكا من وجه الا ترى انه لم يتبدل اسم الثوب
ولم يفت اعظم المقاصد (توله)

(كتاب الغصب فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه يترجم على
الاصل الذي هو فائت من وجهه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث
انه احدث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشتمل الفصول
المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يودي بدلها استحسان
والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر ر ح وهكذا عن ابي حنيفة ر ح رواه الفقيه
ابو الليث ر ح ووجهه ثبت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه
الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المضلية بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى
قوله الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد فتبدل الاسم دليل على المغايرة صورة وتبدل
المقصود دليل على المغايرة معنى واذا ثبتت المغايرة بينهما وقد ثبت الثاني فيكون الاول مستهلكا
ضرورة ان الشيء الواحد يستحيل ان يكون شيئين فاذا هلك الاول بفعله صار صامنا مثله والدقيق
حادث بفعله فيكون ملكا له والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجد فصارت الصنعة
راجحة في الوجود وترجم الاصل يرجع الى الحال والرجحان في الذات ادق من الحال واما قول
ابي يوسف جريان الربوا بينهما دليل على بقاء المجانسة فقلنا بين الدقيق والحنطة شبهة من حيث
ان عمل الطحن صورة في تفريق الاجزاء وباب الربوا مبني على الاحتياط فلبقاء شبهة المجانسة
من هذا الوجه جرى حكم الربوا بخلاف القطع في الثوب والذبح في الشاة فان بالذبح لا يفوت
اسم العين ينال شاة مذبوحة فان قيل بالسلخ والتاريخ يزول اسم الشاة فكان ينبغي ان ينقطع
حق المالك بعد التاريخ قلنا بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية وبالسلخ
والتاريخ لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل بتبدل
العين فبقيت مملوكة لصاحبها **قوله** وهذا الوجه يشتمل الفصول المذكورة اي وجه
الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انتطاع حق المالك وبفوات الاسم على انتطاع حق المالك
شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غضب دقيقا فخبزه وغرلا فسججه او قطنا فغزله
او سمسما فعصره ينقطع حق المالك **قوله** ولا يحل له الا انتفاع بها حتى يودي (بدلها)

(كتاب الغصب فضل فيه لا يتغير بعمل الغاصب)

اذا ادعى الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اراحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء محسما لمادة الفساد ونفذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كذا في الملك الفاسد واذا ادعى البديل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبديل فحصلت مبادلة بالتراضي وبكذا اذا ابرأ المستقرط حقه بدركه اذا اذن بالتضياء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضاء منه لانه لا يقتضي الا بطله وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيها قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالغسل عند خلاف اليه واصله ما تقدم بدلها فيه اشارة الى انه لا يحل له الانتفاع بالتضياء وقد نهى في المبسوط انه يحل بالتضياء لانه بمنزلة الاداء لحصول رضاء المالك عنده لانه لا يقتضي الا بطله *

قوله اذا ادعى الامر بالتصدق زوال ملك المالك زري ان النبي عليه السلام كان في ضيافة رجل من الانصار مقدم اليه شاة مصلية فاخذ منها القدح فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال انها تخبر انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي واو كانت اعز منها لم ينفس علي بها وسارض به بما هو خير منها اذ ارجع فقال عليه السلام اطعموه الاساري فامره بالتصدق بها بيان عند ان الغاصب ملكها لان مال الغير يحفظ ان عليه عينه اذا امكنه وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه وانه لا يباح التناول للغاصب قبل الارضاء فان قيل انما يتصدق عندكم بالربح لا بالاصل المضمون فيكون الحديث متروك الظاهر فلا يصح الاحتجاج قلنا روي عن محمد بن ابي عبد الله يتصدق بالاصل فبقي الباقي على ظاهره وهو حرمة الانتفاع كذا في الاسرار

قوله او ضمنه الحاكم يحتمل ان يكون المغموب منه من كان القاضي وليا له او ان يكون المراد منه قضي بدليل قوله لانه لا يقتضي الا بطله ومعنى قوله او ضمنه المالك اخذ الضمان او تراصيا على مقدار من الضمان **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها اي ملكها الغاصب عندنا خلافا للشافعي راجح **قوله** غير ان عند ابي يوسف يباح الانتفاع بها اي (في الحنطة)

(كتاب الغصب فصيلان فيما يتغير بعمل الغاصب)

قال وان غصب فضة او ذهبا فضر بهادراهم او دنانيرا وآنية لم يزل ملك مالها عنها عند ابي حنيفة ربح فياخذها ولا شيء للغاصب وقال يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الاترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك ولذا ان العين باق من كل وجه الاترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتبار صلاحية لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا لصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها **قال** ومن غصب ساجه فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي ربح للمالك اخذها

في الحنطة التي زرعها والنواة التي غرسها بالغصب لوجود الاستهلاك من كل وجه اذا بقي عين معلق حق المصوب منه فيباح الانتفاع بخلاف غيرهما لقيام العين فيه من وجه *

قوله الاترى انه كسره وفات بعض المقتضى بيان لقوله صير حق المالك هالكا من وجه

قوله والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات ببيان لغوات بعض المقاصد وهوانه كان قبل الكسر

والصنعة سلعة يتعين بالنعيين وقد فات هذا المعنى **قوله** الاترى ان الاسم اي اسم الذهب

والفضة باق **قوله** جرى فيه الربوا باعتبار كونه موزونا وبه فارق الحديد والصفرة ان الصنعة

هناك يخرج من الوزن وان يكون مال الربوا حتى لو باع قممته بقمميتين يدايد يجوز

قوله وصلاحية لرأس المال من احكام الصنعة اي صلاحية بعد الضرب لرأس مال

الشركة والمضاربة من حكم الصنعة لا من حكم العين ولهذا نقول ما لا يتفاوت من الفلوس

الرائجة في هذا الحكم كالدراهم والدنانير فلا يتبدل العين بالصنعة **قوله** وكذا الصنعة فيها

غير متقومة مطلقا اي ليس متقومة في كل الاحوال بل في بعضها اذا كسر اناء فضة او ذهب

يضمن قيمته من خلاف جنسه وان وجده صاحبه مكسورا ورضي به لم يكن له فضل ما بين

المكسور والصحيح **قوله** ومن غصب ساجه بالجيم وهي الخشبة العظيمة جدا والخشبة المنحوتة

المهياة للاساس ونحوه كذا في المغرب

(قوله)

(كتاب الغصب فصل فيما يغير بعمل الغاصب)

والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر لما فيه ان فيما ذهب اليه اضواء بالغاصب ينتقض بقاءه
الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فيصار كما اذا خاطب بالخيطة
المغصوب بطر جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والغنيمة
ابرجع من الهند واني رح انما لا ينتقض اذ انني في حوالى الساجدة اما اذ انني على نفس الساجدة
ينتقض لانه متعدد فيه وحوايات الكتاب في ذلك وهو الاصح *

قال ومن ذبح شاة غير وفاء لغيره بالاختيار ان شاء صمته فيمنعها ورسولها اليه وان شاء صمته ذبحه بها

قوله والوجه من الجانبين قدمناه اي في اول هذا الفصل في قوله واذا تغيرت العين المغصوبة
بفعل الغاصب **قوله** وآخر لما فيه اي ودليل آخر في تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب اليه
اضواء بالغاصب يعني لا بد في هذا من الحاق الضرر باحدهما اما في حق الغاصب ينتقض
بذلك واما في حق المالك بانتطاع حقه عن الساجدة وضرر المالك مجبور بالقيمة وفيه ضرر
نقل المالك من العين الى القيمة بدون اختياره الا ان في الاضمار بالغاصب اهدار حقه وفي
قطع حق المغصوب منه بزمان القيمة فهو غير المالك ونقل حقه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب
بحسب ارامكان ضرر النقل دون ضرر الابطال **قوله** اذ انني في حوالى الساجدة ان ادخل الساجدة
في وسط الجدار الاحكام لا للبناء عليه كما في الابواب والابنية المرتفعة **قوله** وحوايات الكتاب
يورد ذلك حيث قال لا ينتقض البناء مطلقا من غير تفصيل ولا اند ذكر في الكتاب وبني عليها وذكر
شمس الزئبق بعد تقويم ما قال الكرخي وابودعفر ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد في كتاب
الاصرف انه لو غصب نفقة واتخذ منها عروة مزادة انتطع حق المالك عنها وهو في هذا
العمل هنا متعدد لان عمله في ملك الغير يدل انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير
او في ملك نفسه **قوله** وهو الاصح لانه يغير عما كان عليه لان الساجدة قبل التركيب يصالح
لطبخ التدوير وابواب الدور وبعد التركيب لا يصالح لشيء منها الا بعد المنتقض وقيام الشيء
بمنافعها يكون فلما ماتت منافعها من وجد صارت هالكة من وجه ولانها كانت (نقلية)

(كتاب الغصب فصل في فيما يتغير بعدل الغاصب)

وكذا الجزر وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اذا ف من وجه باعتبار
قوت بعض الاغراض من الحدك والدر والنسل وبناء بعضها وهو اللحم فصارت كالحرق
الفاش في الثوب ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فنقطع الغاصب طرفها للمالك
ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك
حيث ياخذ مع ارش المظوم لان الادبي يمتنع منتعابه بعد قطع الطرف *

قال ومن خرق ثوب غير خرق يسير فضمن نقصانه والتوب للمالك لان العين قائم من كل وجه
وان ادخله عيب فيضمنه ان خرق خرقا كثيرا يبطل عامته معا فعد فلما لم يكن ان يضمنه جميع قيمته
لان استهلاك من هذا الوجه فكانه اجرقه فل رضي الله عنه معناه يترك الثوب عليه
وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باق
وكذا بعض المصنفين قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاش ما يبطل به عامة المنافع
بقليته والآن صارت من الغنار ولهذا صارت يستحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه فثبت
انه تغير عما كان عليه والتغير يوجب انتفاع حق المالك *

قوله وكذا الجزر وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية احترازه عما روى الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله انه لا يضمنه شيئا في ذبح الشاة اذا اخذها لان الذبح والسائح في الشاة
زيادة من حيث التقريب الى الانتفاع باللحم وما ذكره في ظاهر الرواية اصح لانه نقصان
با اعتبار تفويت بعض الاغراض **قوله** ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فنقطع الغاصب
طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها اي الواجب ههنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة
منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه اما اذا كان لما بقي قيمة فله
ان يمسك ويأخذ النقصان وفي المنتقى روى هشام عن محمد بن ربح بن جهمان عن رجل قطع يد حماره ورجله
وكان لما بقي قيمته فله ان يمسك ويأخذ النقصان ثم قال فان ذبح حمار انسان ذبحا فقال
صاحبه اني اضمنه النقصان ولا اسلم الجلد اليه فان كان لجلد الحمار ثمن فله ذلك وان
قتله فليس له ذلك قال هشام لان ذبحه بمنزلة الدباغ *

(قوله)

(كتاب الغصب فضعف ل فيما يتغير بعمل الغاصب)

والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمد ارج جعل في الاصل قطع الثوب نقصا فاحشا والغائب به بعض المنافع *

قال ومن فصب ارضا فغرس فيها اوبى قيل له اقلع البناء والغرس ورد ما لقوله عليه السلام

قوله والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة يختلف المتأخرون في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش قال بعضهم ان اوجب نقصان ربع القيمة نصا دافه فاحش وان كان دون ذلك فهو يسير وقال بعضهم ان اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما دونه يسير وقال بعضهم ان الفاحش ما لا يصلح بعه ثوب او اليسير ما يصلح بعه ثوب ما ذكر في الاوضح ان الخرق الفاحش في المخيط ان يستكشف اوساط الناس من لبسه مع ذاك الخرق واليسير ضده وفي غير المخيط وغير المنطوق ان لا يمكن ان يخاط منه ما يشترى لاجله الا بدراهم مستبين في غير موضع الدرر واليسير ضده وذكر في الخصص ان كان لا يحل لمنفعة اللبس فهو يسير وان كان يخل لمنفعة اللبس لكن يمكن اصلاحه بالخياطة لمنفعة اللبس يكون فاحشا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة بان كان يصلح للبقاء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للتميص مثلا وانما يفوت به بعض العين من حيث الظاهر والغالب اذا اظهر ان الثوب اذا قطع يفوت من اجزائه شيء لا محالة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمد ارج جعل في الاصل قطع الثوب نقصا فاحشا والغائب به بعض المنافع في المبسوط ذكر محمد ارج في كتاب الغصب اذا غصب الغاصب ثوبا وقطعه فمبصا فقبل ان يخطيه جاء المالك فهو بالخيار ان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه جميع القيمة والثوب بعد ما قطع فمبصا بقي صالحا للتميص وان لم يبق صالحا للبقاء والساقط من القيمة يكون اقل من الربع ومن النصف ايضا وقد اعتبره خرقا فاحشا حيث خبر المالك فكان الصحيح من التحديد على ما قاله محمد ارج ان يقال بان الخرق الفاحش ما يفوت به (بعض)

(كتاب الغصب: فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

ليس لعرق ظالم حق ولا ان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيومر الشاعل بتقربها كما اذا اشغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذاك فلذلك ان بضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا او يكونان له لان فيه نظر اليهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يومر بقلعه لان حقه فيه اذا اقرار له فيد تقوم الارض بدمون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يامره بقلعه فيضمن فضلا عما بينهما *

قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فتدبس من قضا حبه بالخيار ان شاء صممه قيمة ثوب الايض وعمل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي ربح في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويامر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذروا لما بينا ان فيه رعاية التجانيين والخبرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير من الخرق ما لا يفت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيها نقصان *

قوله ليس لعرق ظالم بتوين عرق علي وجه الصنف والموصوف ذكر في المغرب اي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا يستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صنفه صاحبه علي هذا الوجه من المجاز حسن واول الحديث فيما ذكره في الفائق والعربيين من احب ارضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق ثم قال في العربيين قال هشام بن عروة وهو ان يجيء الرجل الى ارض قدامها رجل قبله فيغرس فيها غرسا يستوجب به الارض وفي الاوضح انه في بعض الروايات علي الاعراف اي لغرس شجر ظالم **قوله** لانه حقه فيه اي لان حق الغاصب في بناء شجر يومر بقلعه اذا اقرار له ومعرفة قيمته مقلوعا اي بامور بقلعه ان تنوم الارض مع الشجر المأمور ما لكه بقاعه ويقوم وليس فيها هذا الشجر اتصال ما بينهما هو قيمة الشجر المأمور ما لكه بقلعه ثم قيمة المقلوع يريد من قيمة المأمور بقلعه لان المرونة لحقت من قلع المقلوع دون القائم فازدادت قيمة المقلوع لذلك * (قوله)

(كتاب الغصب فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

لان النقص له بعد النقص اما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ به ثوب الريح لانه لا جابة من صاحب الصبغ ايضاً من الثوب فيتملكه صاحب الاصل انصبغ بالابيض صمد راح في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمة ابيض وصاحب الصبغ به زاد الصبغ فيه لان له ان لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانيين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الاعمال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل بضمن قيمة السويق لان السويق يتناوت بالقلب فلم يبق مثلياً وجعل المراد منه المنال سماه به لقيامه مقامه والصفحة كالحمرة والصبغ اسود وهو نقصان عند ابي حنيفة راح عند هذا زيادة

قوله لان النقص له بعد النقص اي الحال من ثبوت المقتضى كالحشب والاجراء اي للغاصب اما الصبغ فيتلاشى ولم يحصل الغصب منه شيء فلم يورث الغاصب بقاع صبغه كذا بنوت حقه اصلاً **قوله** قال ابو عصفور رحمه الله في اصل المسئلة اي في قوله ومن غصب ثوباً فصبغه احمر وان شاء رب الثوب باعه **قوله** بقيمة ابيض وصاحب الثوب بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانيين في البيع لانه طريق اتصال حق كل واحد منهما الي صاحبه معنى ويضرب بقيمة الابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يملك الصبغ بالقيمة فاما في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ لا يتعين لانه طريق اتصال حق كل واحد منهما الي صاحبه **قوله** ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه اي يتأتى قول ابي عصفور فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه ايضاً وقوله فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه اظهر لانه اذا كان كذلك لا يكون له رالية تضمين صاحب الصبغ على كره منه فعند امتناعه عن تملك الثوب وتعذر تضمينه جبراً تعين البيع طريقاً للوصول الي حقه اذا لم يرض صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة فاما في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ لا يتعين البيع طريقاً للوصول الي حقه لان له تضمين الغاصب بالثوب الابيض **قوله** وقد ظهر بما ذكرنا الوجد في السويق اي الجواب والتعليل في السويق كالجواب والتعليل في الصبغ الانصبغ (ا)

(كتاب الغصب فضة - ل)

وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينتقص السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحبرة وقد عرفت في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا تنتقص الحبرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد ر ح انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحبرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدي الخمستين جبرت بالصبغ *

فصل

ومن غصب عينا فعيها فمده المالك قيمتها على كسبها وهذا عندنا وقال الشافعي ر ح لا يملك كسبا لان الغصب عدوان محض فلا يصح له سببا للملك كما في المدبر اما حكمه في الغصب فقد ذكر ان صاحب السويق بالخيار ان شاء ضمنه مثل السويق وان شاء اخذها و غرم السمن واما حكم السويق والسمن في الاختلاط بغير فعل احد فقد ذكر في الايضاح ان السمن لو اخلط بالسويق كان السويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق اصل والسمن كالزابع لانه قد يقال سويق ملتوث واما العسل والسمن فكلاهما اصلان *

قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فانه اجاب علي ما شاهد في عصره من عادة بني امية فانهم كانوا يمنعون عن لبس السواد وهما اجابا على ما شاهد في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد **قوله** ولو كان ثوبا ينتقص الحبرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد ر ح انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحبرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم من الغاصب لان صاحب الثوب استوجب عليه نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة والخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بباقي من النقصان وهو خمسة والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله عدوان محض اي ما فيه وجه باحة فلا يصلح سببا للملك لانه حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا والتعدي لا يكون مشروعا لان ادنى درجاته ان يكون مباحا والتعدي لا يكون مباحا وصار كغصب المدبر *

(قوله)

(كتاب الغضب فصل)

ولما به ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للمضر وعند بخلاف
الم - بر لانه غير قابل للنقل الحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير القضاء لكن البيع بعده يصادف القن *
قال ونقول في القيمة قول الغاصب - مع بيته لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والنقول قول
المكرم مع بيته لان القيمة المالك البيته = ثم من ذلك لانه انبته بالحجة المألوفة *

قال ان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما صحت وقد صحتها بقول المالك او بيدها اياها او بذكر
الغاصب عن اليمين فلا خلاف في الغاصب لانهم له الملك بسبب اتصال برضاه المالك
حيث ادعى هذا المقدار **قال** فان كان صحتها بقول الغاصب مع بيته فهو بدعي وان شاء امضى
الضمان وان شاء اخذ العين ورد العرض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى
الزيادة واخذ رد وانها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه اودونه

قوله ولما به ملك البدل بكماله اي رقبته ويد اوجب ان يزول ملكه عن المبدل
الى ملك من وجب عليه البدل اذا كان المبدل محتملا للنقل من ملك الى ملك
دفعا للمضر وتحققة المبدل كما في سائر المبادلات وهذا لان الضمان بدل العين حتى يتقدر بقيمة
العين والاتصال في الضمان ان يجب بقدر ما فوت لان العدل انما يتحقق بايجاب مثل الفاتت
فاذا ثبت له الملك في البدل يد او اذا جعلناه متابلا لاصل يد او اذا تافه رول ملكه عن المغصوب
شرط الحكم شرعي وهو الضمان لانه شرع جبروا لاجبره مع بقاء الاصل على ملكه اذا اجبر ويعتمد
الثوات وشرط الشيء تابع له فصار حسنا بحسنه وانما قيم لو كان الملك يثبت بالغصب
قوله نعم قد يفسخ التدبير الى آخره هذا جواب اشكال وهو ان يقال يمكن نقل المدبر ايضا
بان باعه وخاصمه المشتري بالتسليم وقضى القاضي بذاك فان المشتري يأخذ المدبر فاجاب
بان ذلك لا يكون نقل المدبر بل نقل القن لانه يفسخ القاضي يعود الى الرق **قوله** لان
يقيم المالك البيته باكثر من ذلك فان لم يكن للمالك بيته وجاء الغاصب بيته ان قيمة
المغصوب كذا قال بعض مشائخنا ينبغي ان يقبل بيته الغاصب لاسقاط اليمين الا ترى (ان)

(كتاب الغصب فصل)

في هذا الفصل الاخير فكذاك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الترخي رح
انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لنوات الرضاء *

قال ومن غصب عبدا ثبته المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم صحت
القيمة لم يحذر عتقه لان الملك الثالث فيه ناقص لثبوته مستندا اوضوارة وان هذا يظهر
في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب *

ان المودع اذا ادعى رد الوديعة قبل قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت بيته ومن المشائخ
من فرق بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسئلة وهو الصحيح *

قوله في هذا الفصل الاخير اي في هذا اذ اضمينه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب
في ظاهر الرواية وهو الاصح اي فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض
وقال الترخي لا خيار له لانه يوفر عليه بدل ملكة بكماله وجه ظاهر الرواية ان الخيار لنوات الرضاء
لم يتم حيث لم يعط ما يدعيه وجزان يكون قيمته مثل ما اضمينه عند المقومعين ولا يكون مثله عنده
فلا يرضى به بدلا **قوله** لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا والثابت بطريق الاستناد
ثابت من وجه دون وجه اوضوارة اذ الدليل يابى ثبوت الملك بالغصب لكونه عدوانا
والملك نعمة انما ثبت للملك له ضرورة القضاء بالضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك
واحد والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد
لان الملك ثبت شرطا للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة وهو بعد الاتصال ليس
بتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لانه بدل المنفعة فيكون تبعا محضاً وثبوت
الحكم في التبعية بثبوته في المتبوع سواء ثبت في المتبوع مقصودا بسببه او شرطا لغيره ولان
ملك الكسب اسرع نفوذا من ملك الولد بدليل ان الغاصب اذا اجر المغمصوب يملك
الاجر ولو اولا لا يملك والمالك الناقص يكفي لنفاذ البيع ولا يكفي للعتق كملك المكاتب
فان المكاتب يملك البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه *

(قوله)

(كتاب الغصب فصل)

قال وولد المغصوبة ونماؤها ونسوة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها ما لملكها فيمنعها اياه وقال الشافعي ربح زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الطيبة المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولما ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويرد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذا ظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب ذلك بان اقله ان يرحه فاك، او باعه وسلمه وفي الطيبة المخرجة لا يضمن وان داهما اذ اهلك قبل التمكن

قوله وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال اما الاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب فيدي ليست من قبيل نداء المغصوب لانه لا يستقيم فيه الاستثناء بقوله الا ان يتعدى فيها او يطلبها صاحبها فيمنعها لما ذكرنا ان الغلة الحاصلة من المغصوب باستغلال الغاصب غير مضمونة عليه وان استهلكها لما انها عوض عن منافع المغصوب ومنافع المغصوب غير مضمونة عندنا فكذا بدليلها قال الشافعي ربح زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت كالسمن والجمال او منفصلة كالولد لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه ولما ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا اي في اول الغصب بقوله وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فكان الاختلاف بيننا وبين الشافعي ربح في الزوائد مبنيا على الاختلاف في حد الغصب **قوله** ولو اعتبرت ثابته اي لو اعتبرت يد المالك ثابتة على الزاد تبع للملك الام فانه ما اراد اليد التقديرية اذا ظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه **قوله** او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده كما لو باع الودبعة وسلمه فانه يكون ضامنا فان قيل فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد قلنا بل فيه تفويت يده لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك ببرعه وتسامحه فلو جرد التفويت من هذا الوجه يكون ضامنا كذا في المبسوط * (قوله)

(كتاب الغصب فضائل)

من الارسال لعدم المنع وانما يضمند اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثره شائع خارج ولو اطلق الجواب فهو ضمان جنابة ولهذا يتكرر يتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهوائيات اليد على مستحق الامن او على واحد على **قال** وما نصبت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمته الواد وفاء به انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه من الغاصب وقال زفر والشافعي ربح لا ينجر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابر الملكة كما في ولد الطيبة وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جرز صوف شاة غيرة او قطع فوائم شجر غيرة او خصي عهد غيرة او علمه المحرفة فاضاه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد

قوله من الارسال اي في الحرم **قوله** بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لان الحق في صيد الحرم للشرع والشرع بطالبه برز الاصل منع وزيادة التي ما منه فوجد المنع منه بعد الطلب وهو سبب لذلك **قوله** ولو اطلق الجواب اي لو قيل بوجود الضمان في ولد الطيبة المخرجة من الحرم اذا هلك قبل التمكن من الارسال في الحرم وبعد التمكن من الارسال فهو ضمان جنابة اي ضمان صيد الحرم ضمان اطلاق معنى الصيدية لانه بالحرم امن صيد او اذا في تنه وبعده عن ايدينا وثبات اليد عليه يكون اطلاقا لمعنى الصيدية وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه فاما الاموال فمخفوفة بالايدي فانهما يجب الضمان فيها بتقويت الايدي لا ثبات اليد عليها **قوله** ولهذا يتكرر بتكررها اي بتعدد بتعدد الجنابة كما اذا اشترك محرمان في قتل صيد الحرم فعلى كل واحد منهما الجراء كما لا وقيل تكرر الجراء بتكرر الجنابة وهوانه لو ادعى الضمان بسبب اخراج الصيد من الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر ويحتمل ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكررها هذه الجنابة التي هي الاخراج من الحرم **قوله** كما في ولد الطيبة فان نقصان الطيبة المخرجة من الحرم لا ينجر بالولد **قوله** وكما اذا ماتت الام اي الامة بالولادة **قوله** ولنا ان سبب الزيادة والنقصان وهو الولادة لانها اوجبت فوات (جزء)

(كتاب العصب)

وهو الولادة أو العلوق عني ما عرف وعرف ذلك لا بعد نقصانها فلا يوجب ضمانا وصار كما
إذا غصب جارية سمينة فبذلت لم ممت أو سقطت ثمنها ثم نبتت أو قطع يد المغصوب
في مدة أو أخذ ارشدا أو أداه مع العبد تحتسب عن نقصان القطع وولد الطيبة
ممنوع وكذا إذا ماتت الأم وتخرج الغاية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم

جزء من مالها الأصل وحدثت ماليتها لولد لأنها وإن كان موحودا قبل الانفصال أم يكن مالا
حتى أم يجزى عن وعنده وانما صار بالامتناع ودان الانفصال وإذا انحدر سبب الزيادة والنقصان امتنع
ظاهر والنقصان فامتنع الضمان كالبيع فانه يزول المبيع من ملكه ويدخل الثمن في ملكه فلا يعد
نقصا حتى لو شهد شاهدان ببيع شيء بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمن شيئا *

قوله وهو الولادة أو العلوق على ما عرف أي عند أبي يوسف ومحمد ربح سبب النقصان الولادة
وعند أبي حنيفة ربح العلوق ويظهر ذلك فيما إذا غصب جارية فحبلت عند الغاصب فردها
فماتت بالولادة فعندها لا يضمن لأن سبب الهلاك الولادة وكان ذلك في يد المالك
ويضمن عند أبي حنيفة ربح لأن سبب العلوق وكان عند الغاصب وقوله على ما عرف
إشارة إلى هذا **قوله** وولد الطيبة ممنوع أي ينجر نقصان الطيبة بالولادة بقيمة الولد فلا يرد
نقص الولد سلم فهذا الراد لا يصلح أن يكون خلفا عن الجزء الغائت لأنه مضمون بنفسه
فلم يجز أن يرد في به ضمان غيره بخلاف مسئلتنا **قوله** وكذا إذا ماتت الأم يعني إذا
ماتت الأم بالولادة وبقيمة الولد وفاء بنقصان الولادة ينجر في رواية فلا يرد نقضا
قوله وتخرج الثانية أي تخريج الرواية الثانية في أنه لا ينجر وهي ظاهر الرواية أن الولادة ليست
بسبب لموت الأم غالباً فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان فلم ينجر وفي المبسوط فإن ماتت الأم
بالولادة وبالولد وفاء بقيمة الولد في هذه المسئلة ثلاث روايات عن أبي حنيفة ربح أنه يبرأ بولد الولد
لأن وجوب الضمان على الغاصب ليجبر أن حق المصوب منه وذلك جاصل بالوفاء
في قيمة الولد وروى أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك (من)

(كتاب الغصب ... فضائل)

اذ لا تقضي اليد غالباً بخلاف ما اذا امت الوالد قبل الرد لان الرد لا بد من رد اصله للبراءة فكذلك لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانده عرض بعض النسقة والا تحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان النطع والجزر وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم *

من قيمة الام لان الولادة لا يوجب الموت او نقصان يكون بسبب الولادة فاما موت الام فلا يكون بسبب الولادة ورد القيمة بكون العين واوردها عين الجارية كان النقصان منجبراً بالولد فكذلك اذا ارد قيمتها وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب كالملة لانه لما ماتت تبين ان الولادة كانت موتاً من اصله كما اخرج اذا اتصل به هوق الروح يكون قتلاً من اصله لان يكون جرحاً ثم قتلاً بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا يكون موجبة للزيادة وهذه الخلافه بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هناك لم يكن الولد جابراً للنقصان بالولادة *

قوله اذ لا تقضي اليد غالباً لا يقال انضمت في هذه الصورة فيكون سبباً لاننا نقول الاصل هو النظر الى اوضاع اسباب التصرفات لا الى افرادها الا ترى ان الضمني لا يوهل المطلق والعناق وان تحقق النفع في صورة لانهما في الاصل سببان للمضرة **قوله** لا بد من رد اصله للبراءة يعني الواجب عليه رد الاصل بالصفة التي اخذها وما ردّها بتلك الصفة وانما يكون تلك الصفة مع النقصان لوردها مع الولد الذي هو خلف عن النقصان فان لم يرد الولد الذي هو خلف عن النقصان لا يبرأ **قوله** والخصاء اخصاء على فعال هو الصحيح لا يعد زيادة اي في المائنة لانها انما يتحقق لرغبة عامة الناس وهي ليست بمرغوبة عند العامة وانما هي رغبة بعض الجهال لظنهم ان الخصي كالمحرم ويظهر ذلك فيما اذا غصب غلاماً قيمته خمسمائة وخصاه فلما برأ صارت قيمته الفافصا حبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته خمسمائة يوم خصاه وان شاء اخذ الغلام ولا شيء له فعلم بهذا انه لا اعتبار لزيادة القيمة بسبب الخصاء لانه لو كان له اعتبار لوجب على المالك ما زاد الخصاء فيه اذا اختار الاخذ كما في غصب الثوب وصبغه احمر وقول الشافعي روح ان ملكه لا ينجر بملكه قلنا نحن نسعى لمنع ظهور النقصان فلا نحتاج الى الجبر * (قوله)

(كتاب الغصب فصل)

قال

ومن غصب جارية فزني بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها يضمّن قيمتها يوم
عنت ولا ضمان عليه في الحرة هذا عند أبي حنيفة ر ح وقال لا يضمّن في الامّة ايضا لهما
ان الرد قد صم والهلاك بعد وبسبب حدث في يد المالك وهو الولاد لا يضمّن الغاصب كبا
ذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلك او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلك منه وكمن
اشترى جارية قد حبلت في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع
على البائع بالاتفاق بالثمن وله انه غصبها او ما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك
لم يوجود الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب
جداية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الحاية خطأ يرجع على الغاصب
بكل القيمة كذا عند اختلف الحرة لانها لو كانت بالغصب لبيّنت ضمان الغصب
بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد

قوله ومن غصب جارية فزني بها ثم ردها فحبلت اي ردها فتبين انها حبلى **قوله** وماتت
في نفاسها قيد بالموت في نفاسها ليكون الموت في اثر الولاد **قوله** وفي فصل الشراء الواجب
ابتداء التسليم هذا جواب عن قولهما وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع قيل هو
ممنوع ولئن سلم فنقول ليس على البائع هناك الرد ولكن عليه التسليم لانه يسلم المبيع
ابتداء كما وقع عليه العقد وهو انه مال متبرم وقد وجد ذلك لانه سلمه كما وقع عليه العقد
لان العقد يرد على العين لا على الاوصاف ولهذا لا يتأبّلها شيء من الثمن وبسوتها في النفس
لا بعدم التسليم والواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك انما يتحقق في الرد كما قبض
لان الاوصاف داخله في الغصب ولهذا لو غصب جارية سمينه فهزلت في يد الغاصب
وردها كذلك فانه يف من النقصان واذا دخلت الاوصاف في الغصب يكون الرد بدونها
ردا فسادا **قوله** وم ذكرناه شرط صحة الرد اي الرد على الوجه الذي اخذ شرط صحة
الرد حيث غصبها ولم يوجد فيها سبب التلف وهو الحبلى وردت وفيها ذلك * (قوله)

والناسب لجلد مؤلم لا جرح ولا متلف فله يوجد السبب في يد الغاصب **قال** ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي ربح يضمنها فيجب جرم المثل ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك ربح ان سكنها يجب اجوالمثل وان عطلها الاشئ عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب

قوله والرباسب لجلد مؤلم اي الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجلد الجرح ولا المتلف ولهذا يختار سوطا لا ثمرة له ولما جلدت في يده المالك بجلد متلف كان هذا غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن **قوله** فلم يوجد السبب اي سبب التلف او الجرح في يد الغاصب ثم لو وجد الجلد المتلف في يد المالك كان سببا حادثا حدث في يد المالك فلا يضمن الغاصب وبخلاف الحمى فان الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب ان تضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذا لا يحصل باول الحمى عند الغاصب وهي غير موجبة لما كان بعده اما الحمل فيوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب الام ولولادة فما يحدث به يكون مضافا الى السبب الاول **قوله** الا ان ينقص باستعماله انما ذكر الاستعمال لما ان الظاهر ان النقصان انما يحصل بالاستعمال لان الغالب ان الغاصب انما يغصب للاستعمال **قوله** ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها اي في حق الحكم وهو عدم الضمان فيهما عندنا والضمان فيهما عند الشافعي ربح **قوله** له ان المنافع اموال متقومة وهذا ان المال اسم لما هو غيرنا مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة ولهذا يصلح صداقا والمشروع هو الانتفاع بالمال الا يرى ان الاجارة من التجارة وهي مبادلة مال بمال والمأذون والشريك يملك الاجارة ولا يملك مبادلة مال بمال ليس بمال والاعيان انما كانت اموالا باعتبار ما يتعلق بها من المنافع ولهذا يقل مالية العين اذا قل الانتفاع به فانما كانت الاعيان اموالا باعتبار منافعها فلان يكون المنافع اموالا بنفسها او اي وهي متقومة لان التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس ولهذا يبدلون الاعيان لاجلها الا ترى انها تقوم (١)

(كتاب الغصب فصل)

ولما أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لاحتوائها في الانسان لا يضمن ملكه كيف والله لا يتحقق غصبها وانلافها لانه لا بقاء لها ولا انها لا تماثل الاعيان لسرعة نوائها وبقاء الاعيان وقد عبرت هذه المآخذ في المختلف ولان سلم انهاء متقومة في ذاتها بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين *

الاعيان فاستحال ان لا تكون متقومة بنفسها ولان اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا والاعتياض عما ليس بمستوم لا يجوز كالخمر وحبه سمس *

قوله ولما أنها حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في مكانه اي في تصرفه وهذا لانها حدثت بفعله وكسبه في يده والكسب للكسب لقوله عليه السلام كل الناس احمق بكسبه واثم سلمنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور غصبها واستهلاكها فلا يجب عليه ضمان الغصب والاستهلاك لانها اعراض لا تبقى وما لا يبقى لا يتصور غصبه واستهلاكه وانلافه لان اتلاف الشيء او غصبه انما يرد في حال بقائه فلما لم يكن المانع باقية استحال اتلافها وغصبها ولانه اما ان يرد عليها الاتلاف قبل الوجود او في حال الوجود او بعد الوجود لا يجوز الاول لان اتلاف المعدوم محال ولا الثاني لانه لو اعترض على الوجود رفعه فاذا قارنه منعه ضرورة والاتلاف ابطال الوجود لا يمنع من الوجود ولا الثالث لانها معدومة في تلك الحال ولا يتصور اتلاف المعدوم

قوله ولا انها لا تماثل الاعيان اي لا يمكن ان يضمنها لانها لا تماثل الاعيان لان المانع اعراض لا تبقى وقتين والعين يبقى اوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه ببثل ما اعتدى وجزاء سيئة سيئة مثلها وهذا الايض من الجيد بالرددي وما قال الشافعي رح ان المانع احوال متقومة فلما لا نسلم ذلك لان صفته المالية للشيء انما يثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة لاعين الانتفاع بالاتلاف لان الاكل والشرب لا يسمى تمولا لان (المال)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال وإذا تلف المسلم خمر الذمي أو خنزيرة ضمن فإن تلفهما لمسلم أم يضمن وقال الشافعي روح لا يضمنهما للذمي أيضا وعلى هذا الخلاف إذا تلفهما ذمي على ذمي أو باعهما الذمي من الذمي لم يضمنه لأنه سقطت قيمتهما في حق المسلم فكأن في حق الذمي لا يضمن اتباع لما في الأحكام فلا يجب بالتلفهما مال موقوف وغير المضمن ولنا أن التتوم باق في حقهم إذا خمر لهم كالحل لنا والخنزير لهم كالأشاة لنا ونحن امرأان نترجهم وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الإلزام وإذا بقي التتوم فقد وجد تلف مال مملوك متقوم يضمنه

المال اسم لما ومخلوق القائمة أصلاً بحنا به ولكن باعتبار صفة التتوم والادخار وقت الحاجة فالمذاع لا يبقى وقتين لأنها أعراض كما تخرج من جوار الذم إلى الوجود فلا شيء فلا يتصور فيها التتوم ولنا سلمنا أن لها حكم المال ليس لها صفة التتوم لأن التتوم لا يسبق الوجود لأن التتوم إنما يكون بعد الاحراز لا التتوى أن الصيد والحشيش غير متقوم قبل الاحراز وإن كان عينا والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فلا يكون متقوماً وإنما يثبت حكم التتوم للمنفعة شرعاً عند ورود العقد عليها باعتبار إقاعة العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة وبطلت المقاييس لأن الرضاء اثر في الإيجاب الأصول والفصول جميعاً فالمال يجب بالشرط مقابل بغير مال ويجوز بيع عبد قيمة ألف بالوف وشي من ذلك لا يثبت بالعدوان وكل قياس لا يقوم إلا بوصف به يقع الفرق بين الأصل والفرع فهو باطل والله أعلم بالصواب *

فصل في غصب ما لا يتقوم

قوله إذا خمر لهم كالحل لنا وهذا لأن الخمر مال متقوم في حق أهل الذمة لأنها كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والأصل أن ما ثبت يفي إلى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل (١)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تملكها لكونه اعزازها بخلاف ما اذا جرت المباحة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد لكونه لا ذمي لاننا ما ضمنا لهم ترك التعرض لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية الحاجة ثابتة *

قال فان غصب من مسلم خمر فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء وياخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقتر والغصص ونحو ذلك

السياق والسباق فبقي في حق من لم يكن يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان قبل لان حرمة العين وفساد التقويم ثمة بخطاب الشرع وقد امرنا ان نتركهم وما يدبرون لمكان عند الدمة فقصر الخطاب حيث لم يعتقد وارسالة المبلغ وانقطعت ولاية الالتزام بالسيف اما الحاجة لمكان عند الدمة فصارت ان الخطاب غير نازل في حقهم بمعنى الحكم على ما كان *

قوله بخلاف الميتة والدم المراد بالميتة هي التي ماتت حتف انفها حتى لو ماتت بالضرب او بالخنق يضمه المسلم عند ابي حنيفة رح خلافا لمحمد رح **قوله** بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم فانه يتعرض لهم في ابطال عقود الربوا لاننا لم نضمن لهم ترك التعرض في ذلك مع قول رسول الله عليه السلام الامن اربى فليس بيننا وبينه عهد وهذا لان ذلك فسق منهم في الاعتقاد لادبانه فقد ثبت بالنص حرمة الربوا في اعتقادهم قال الله تعالى وَاَخَذَهُمُ الرِّبَا وَقَدْ نَهَوْا عَنْهُ **قوله** وبخلاف العبد المرتد للذمي فانه يقتل لاننا ما ضمنا لهم ترك التعرض له اي للعبد المرتد لهم لما فيه من الاستخفاف بالدين **قوله** وبخلاف متروك التسمية اي عمدا اذا كان لمن يبيحه وهو الشافعي رح ومن تابعه يعني لو اتلف متروك التسمية عمدا على قول الشافعي رح لا يضمن فان ولاية الالتزام بالحاجة والدليل ثابتة وقد ثبت لنا بالنص ان متروك (التسمية)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلة غلبه اياخذ الخل بغير شيء وياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه ويأنه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع **قال** وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رحمه الله وقال يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلا نه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعان وبهذا فارق الهلاك بنفسه

التسمية عمد احرام ليس بمال فلهذا لا يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان *

قوله والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه وهذا لان نجاسة الخمر قابلة للزوال لانها باعتبار الخمرية وقد زالت من غير ان تقوم بهاشيء من ملكه فصارت التخليل كغسل الثوب النجس ومن غصب ثوبا نجسا وطهره لا يزول الثوب عن ملك المالك به كذاها وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب اياخذ الدباغ بما له قيمة **قوله** ويأنه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ لانه لا يكون لجلد الميتة قيمة فتقوم ذكيا لذلك قال القدوري انما يكون لصاحب الجلد اذا اخذ الدباغ الجلد من منزله فاما اذا القى صاحبه في الطريق فاخذ رجل جلد هاورد بغه فليس للمالك ان يأخذ الجلد وعن ابي يوسف رحمه الله له ان يأخذ في هذه الصورة ايضا كذا في الذخيرة **قوله** اما الخل فلا نه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم لان العصير كان مالا متقوما له فاذا صار خمر اضرار غير متقوم (ولكونه)

(كتاب الغصب فصل في غصب مالا يتقوم)

وقوله ما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده فطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه وان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعه متقوم ولا استعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبس حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حاله والجلد تبعها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة فيه مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لا بد ينفع المالك والجلد غير تابع للصنعة في حق المالك ثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الدكي والثوب لان التقوم فيهما كانت ثابتا قبل الدباغ والصيغ فام يمكن تابع للصنعة ولو كان دائما فادار المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قبل ايس لذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وميل ايس له ذلك عند ابي حنيفة ربح عند هذا له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بينا ثم قيل يضمنه قيمه جلد مدبوغ وبطيه ما زاد الدباغ فيه

واكونه غير متقوم لا يزول ملكه عنه ولهذا لو غصب خدر انسان فليملك ان يستردها فعلم ان الملك لا يفتقر الى التقوم فاذا زالت صفة النجاسة عاد متقوما كما كانت لان التقوم يثبت الآن *

قوله وقوله ما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بان قضي لاحد هما بالدرهم والآخر بالدينار ان الناصي يقضي بما يشترى به في الاسواق وباع **قوله** فاراد اما لك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه اي فيما اذا دبغه بما له قيمة **قوله** بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة اي للثوب قيمة **قوله** لانه اذا تركه عليه وضمنه اي ام يأخذه برد قيمة الدباغ اليه وضمنه قيمة الجلد الذكي عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك **قوله** ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ اي على قولهما لان الكلام فيما اذا دبغه بشيء له قيمة وفيه التضمنين عندهما *

(قوله)

(كتاب الغصب فصل في غصب ما لا يتقوم)

كما في الاستهلاك وقيل يضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ وأود بعه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لما لك بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته . دبوغاً وقيل طاهر غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمه وحداً الا ول عليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضموناً عليه فكذا صفة ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيها قالوا عند ابي حنيفة روح صار ملكاً للغاصب ولا شيء له عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبح الجلد ومعناه ههنا ان يعطى مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وضمه فهو على ما قيل وقيل في دبح الجلد ولو استهلكها لا يضمه عند ابي حنيفة روح خلا فلهما كما في دبح الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد روح انه صارت خلا من ساعته تصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك وهو غير متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلاً فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة روح هو للغاصب في الوجهين فلا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه

قوله كما في الاستهلاك يعني مسألة الاستهلاك التي تقدم ذكرها ان عنده لا يضمن وعندهما يضمن **قوله** قالوا عند ابي حنيفة روح صار ملكاً للغاصب ولا شيء له عليه لانه استهلاك **قوله** فهو على ما قيل وقيل اي على القولين المذكورين في دبح الجلد وهو ما ذكر قيل هذا بقوله ولو كان قائماً فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمه قيمته قيل ليس له ذلك * وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة روح وعندهما له ذلك ولو خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد روح ان صارت خلا من ساعته يصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك لان الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك الى عين حقه بواحدة ذلك النعل لان اعدام الذوات ليس في قدرة البشر ولا كذا لك اذا نخللت بعد ساعته لانها بالانقضاء لم يصير مستهلكاً البتة على حالها * (قوله)

(كتاب الغصب فضئل في غصب ما لا يتقوم)

وعند محمد ر ح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا وبضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشائخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشائخ وقد اثبتناها في كفاية المهتمى *

قال ومن كسر لمسلم بربط او طبل او مزمرا او دفا او اراق له سكر او مصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد ر ح لا يضمن ولا يجوز بيعها وقال الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهوفاء الطبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالانلاف من غير خلاف وترايل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنبي من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباق من ابي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تنومها كالخمر ولا تدفع له انما امر بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه

قوله وعند محمد ر ح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول اي فيما اذا صار حلا من ساعته لما بينا اي انه يصير ملكا للغاصب **قوله** في الوجوه كلها اي فيما اذا صار خلا بالذء المالح او بالقاء الخل من ساعته او بعد زمان **قوله** وقد كثرت فيه اقوال المشائخ بعضهم قالوا المخلوط ههنا مشترك بالاجماع لان عنده انما ينقطع حق المالك بالاستهلاك اذا ضمنه بالخلط كالمكيل والموزون اذا غصبه وخلط بمثله من ماك نفسه فاذا لم يكن مضمونا عليه لا ينقطع وجود الاستهلاك كعدمه فبقي مشترك كالمكيل اذا اخلط بنفسه بمكيل آخر **قوله** وهو بامر الشرع قال عليه السلام بعثت لكبرا المرامير وقل الخنازير وقال اذا رأى احدكم منكرا فليذكر بيده وان لم يستطع فبلسانه وان لم يستطع فبقلبه * (قوله)

الانحلاط الواقعة في الهداية والكفاية



صفحة	سطر	غلط	صحیح	صفحة	سطر	غلط	صحیح
٦	٨	أويقول انى البائع	—	١٠٧	١	رسول	رسول الله
٢٩	٢٠	تله	ثلاثة	١٠٨	٢١	على	علي
٣٨	١٢	يتكمن	يتمكن	١١٦	١٨	كان	كانت
٤٧	١٦	لم ينفذ	لم ينفذ	١٢١	١٣	بينما	بين
٥٥	١٢	والعرش	والعرش	١٢٢	٥٨	المشري	المشتري
٥٦	١	وجه	وجه	١٢٧	١٧	يرجح	يرجح
٦٣	١١	قبائى	قبائى	١٣٣	١٠	الذبي	الذبي
٧٧	٩	معناة	معناه	١٤٥	٨	باعتبار	باعتبار
٧٩	٢	خصا	خصما	١٤٥	١٢	ح	رح
٨٣	٢	انتبض	انتبض	١٤٨	١٣	برقيته	برقيته
٨٥	١٣	واجته	واجبة	١٦٤	٢	قي	في
٨٨	٢٠	الانتفاع	الانتفاع	١٧٢	٥	سيئل	سئل
٩٣	١٧	عزرا	غزرا	١٧٩	٢	آحاده	آحاده
٩٤	١٦	مكوز	يجوز	١٨٤	١	اندفعت	اندفعت
٩٥	٢	مجدون	مجدون	١٨٤	١٢	يثبت	يثبت
٩٥	٧	مجدود	مجدون	١٨٦	٤	معناة	معناه
٩٧	٢١	لكلا	لكلا	١٩٢	١٥	جانبه	جانبه
١٠٢	١٣	ابى يوسف	ابى يوسف	١٩٣	٥	يثبت	يثبت
١٠٣	٤	السفى	السفل	١٩٤	٢	المعلى	المعلى
١٠٦	١٨	صاحبه	صاحبه	١٩٥	٢	ثم	ثم

صحة	سطر	علط	صحيح	صحة	سطر	علط	صحيح
١٩٥	٥	زاد	زاد	٢٩٣	١٢	لله	لله
١٩٦	٢	فكتيرة	فكتيرة	٣٠٠	٦	لا يبرأ	لا يبرأ
١٩٩	١٥	بجذاحيه	بجذاحيه	٣٠٣	١	ولا بينة	ولا بينة
١٩٩	٢١	الحصير	الحصير	٣٠٦	٣	يستقى	يستقى
٢٥٧	١٠	من قبل	من قبل	٣١٠	٢١	مذايا	مذايا
٢٥١	٥	يغيرها	يغيرها	٣١١	٨	ظاهرة	ظاهرة
٢٥٦	١٨	الجزر	الجزر	٣١١	٢١	قر	قر
٢٢٠	٥	المنابضة	المنابضة	٣١٥	١	ليظفر	ليظفر
٢٢١	٩٩	المنابضة	المنابضة	٣١٦	١٥	آخرة	آخرة
٢٢٢	١٤	يبني	يبني	٣١٨	١٠	فصار	فصار
٢٢٥	٢٠	يوافق	يوافق	٣٢٠	٦	يقبلة	يقبلة
٢٣٢	٩	رحمها	رحمها	٣٢٢	٩	لم يحضرة	لم يحضرة
٢٣٣	٥	قيعابر	قيعابر	٣٢٢	١٣	فكينند	فكينند
٢٣٦	١	بالشراي	بالشراي	٣٢٣	٨	ترتابوا	ترتابوا
٢٤٨	١٤	لزيادة	لزيادة	٣٢٣	١٣	ابيع	ابيع
٢٥٣	١	رحمها لله	رحمها لله	٢٣٦	١٩	جعداني	جعداني
٢٥٣	٩	رائجة	رائجة	٢٣٧	٣	اثبات	اثبات
٢٥٨	٢١	ذعابة	ذعابة	٢٤٠	٨	المحتجب	المحتجب
٢٦٨	٢	كقوله	كقوله	٢٤٠	١٠	ادعي	ادعي
٢٧١	٢	وكذا	وكذا	٢٤٢	٥	لي	لي
٢٧٧	١٤	رحمها	رحمها	٢٤٤	٧	استحقاق	استحقاق
٢٨١	١٤	رح	رح	٢٤٦	٢	غيرنا	غيرنا
٢٨١	٣٠	رحمها	رحمها	٢٤٧	١٣	شراة	شراة
٢٨٢	٩	للمشتري	للمشتري	٢٤٧	١٤	غزيم	غزيم
٢٨٨	٧	تم	تم	٢٥٢	١	اوصي	اوصي

To: www.al-mostafa.com